



REVUE BURUNDAISE DE DROIT ET SOCIETE

Vol. I, N°2

Décembre 2015

SOMMAIRE

AVANT - PROPOS	5
I. DOCTRINE	9
Le régime des dérogations aux droits de l'homme en droit constitutionnel burundais au regard de la théorie des droits fondamentaux.....	11
Par Egide MANIRAKIZA	
<i>Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit.</i>	
Le régime matrimonial de droit commun en droit burundais.....	35
Par Gervais GATUNANGE	
<i>Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit.</i>	
II. JURISPRUDENCE	63
Les arrêts RAP 34, RAP 35 et RAP 36 : Une exécution qui tourne en crise institutionnelle.....	65
Par Michel MASABO	
<i>Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit.</i>	
Commentaire des Ordonnances OCS 164 RMPGAC 2107/BF et RMPGAC 2107/BF de la Cour suprême et de la Cour anti-corruption et contribution à l'interprétation des conditions de la détention préventive au Burundi.....	91
Par Aimé-Parfait NIYONKURU	
<i>Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit</i>	
III. LEGISLATION	115

Vers une nouvelle réforme du droit de l'entreprise en difficultés au Burundi.....	117
---	-----

Par Stanislas MAKOROKA

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit

IV.VARIA.....	133
----------------------	------------

La problématique des brevets et l'accès aux médicaments dans les pays en développement par l'approche des biens publics mondiaux.....	135
---	-----

AVANT- PROPOS

Comme il était prévisible, la livraison de ce deuxième numéro a pris du retard. Il sied de comprendre les difficultés d'édition de la revue dans les conditions actuelles d'activités de recherche. L'impact négatif de la situation sociopolitique du moment faite de sécurité volatile sur l'ensemble des activités d'enseignement et de recherche en général ne saurait être sous-estimé. En l'espèce, cependant, les chercheurs ont continué, sans désespérer, à soumettre leurs articles, lus assidûment par les divers comité de lecture, dans les délais impartis.

Le Comité de rédaction profite de cette occasion pour remercier tous les partenaires de leur engagement sans faille à soutenir la Revue et en particulier les auteurs de ce numéro pour la qualité exceptionnelle de leurs contributions.

Le retard dans la parution est davantage dû à la mise en page technique, preuve des conditions difficiles de déroulement de l'activité économique au Burundi, dans les circonstances du moment. Mais, en même temps, la preuve est donnée que la persévérance et l'opiniâtreté peuvent venir à bout des difficultés extrêmes. Le numéro est là et c'est l'essentiel!

Comme le précédent, ce deuxième numéro est composé de quatre rubriques: la doctrine, la jurisprudence, la législation et les varia.

Dans la série "doctrine", le premier article était attendu puisqu'il n'est que le prolongement de celui rédigé par le professeur Egide Manirakiza pour le précédent numéro qui, tous deux, portent sur "les droits de l'homme en droit constitutionnel burundais au regard de la théorie des droits fondamentaux".

Après l'exploration du régime des restrictions des droits de l'homme vient aujourd'hui l'analyse du régime des dérogations. A la lecture de ces deux articles, le lecteur peut apprécier maintenant l'état du prescrit de la constitution du Burundi en matière des droits de l'homme qui a pourtant l'ambition de "constitutionnaliser" de manière ouverte l'ensemble des dispositions relatives aux droits de l'homme tels que repris notamment par les instruments internationaux, quasiment tous ratifiés par le Burundi. Leur applicabilité dépend en bonne partie des régimes restrictifs et dérogatoires prévus et organisés par la constitution elle-même.

Si dans le cadre des restrictions, la constitution énonce la condition de la légalité, elle passe sous silence les deux autres conditions de nécessité et de légalité généralement énoncées en la matière tandis qu'en matière de régime dérogatoire la même constitution reste muette sur les conditions de fond et de forme exigées pour la validité des dérogations. Ce qui donne au législateur et surtout à l'autorité exécutive un champ quasiment libre dans la limitation des droits et réduit d'autant l'ambition de la constitution d'être un excellent instrument de protection, de respect et de garantie des droits de l'homme.

Le deuxième article de doctrine du numéro est écrit par le professeur Gervais Gatunange sur une question cruciale en droit burundais: la détermination du régime matrimonial de droit commun.

Le réflexe naturel de juriste avisé du pluralisme juridique existant au Burundi est de chercher la réponse à la question dans le droit traditionnel qui serait en vigueur. Or ce droit traditionnel a évolué lui-même au rythme de la transformation des mœurs dans la société burundaise; ce qui devrait être traduit par la jurisprudence burundaise dans ce domaine. L'auteur qui suit depuis longtemps l'évolution de

cette matière indique à bon scient que la jurisprudence n'est pas unanime sur la question.

Après avoir informé le lecteur sur les solutions comparées proposées ou élaborées par la législation et la doctrine étrangères, le professeur Gervais Gatunange insiste sur la nécessité de promulguer une loi sur les régimes matrimoniaux pour mettre fin à l'incertitude actuelle qui est préjudiciable aux intérêts des familles, des époux et des tiers. Devant plusieurs choix, il laisse néanmoins à l'autorité habilitée à donner corps à cette loi.

La rubrique "jurisprudence" est également nourrie par deux commentaires substantiels dans des domaines de haut intérêt actuellement au Burundi: d'abord une série d'arrêts en matière administrative à propos de la représentation légale de l'UPRONA dont " l'exécution, selon l'auteur, tournera en crise institutionnelle"; ensuite, un commentaire sur la pratique en matière de détention préventive, révélée à l'occasion d'arrêts rendus par la cour suprême et la cour anti corruption.

En rapport avec les arrêts sur le Parti UPRONA, le professeur Michel Masabo fait, à juste titre, remarquer que " quelle que soit la valeur juridique de la décision d'annulation de prise d'acte (du ministre de l'Intérieur, autorité de tutelle des partis politiques), elle a révélé les véritables réalités administratives et a entraîné des conséquences graves dans la gestion de l'État et la consolidation de la démocratie". Il semble désormais établi que d'une part, les décisions de l'Administration relèvent parfois de la "caprice du prince" et sont prises au mépris de l'autorité de la chose jugée et que, d'autre part, la destruction du parti UPRONA a, en l'espèce, sonné le glas du pluralisme démocratique, la voie étant

devenu libre au parti au pouvoir et ses satellites pour aller aux élections de 2015, élections gagnées d'avance.

En ce qui concerne les arrêts de la cour anti-corruption de la Cour suprême rendus en matière préventive, le collègue Parfait Niyonkuru découvre, à leur analyse, qu'une interprétation erronée ou spéculative des conditions de détention préventive risque de conduire à un recours excessif à la détention qui est si préjudiciable à tout éventuel suspect auteur ou complice d'infraction.

Chiffres à l'appui, l'auteur constate que la pratique judiciaire burundaise, en matière pénale, est le recours très fréquent à la détention préventive. Alors que le droit burundais comporte une liste plus resserrée des conditions de fond de la détention préventive par rapport à d'autres systèmes comme les lois belge et français, l'interprétation et la compréhension des conditions de la détention préventive par les magistrats burundais semblent privilégier étonnamment la nécessité de la répression des atteintes à l'ordre social au détriment de la présomption d'innocence au lieu de fournir l'effort de tenir en équilibre ces deux principes cardinaux de la détention préventive.

Bref, à ces réflexions sur la jurisprudence burundaise, menées avec rigueur scientifique mais aussi si courageusement tenues dans des affaires qui ont polarisé l'opinion publique, il est difficile d'ajouter un commentaire de peur de diluer l'argumentaire d'une qualité aussi appréciable. Du choc des idées entre l'auteur et le lecteur jaillira la lumière. Une rubrique en tout cas à visiter!

La rubrique "législation", quant à elle, porte sur une matière d'information à propos d'un projet de loi sur l'insolvabilité nationale et transfrontalière. Certes, le Burundi s'était, depuis 2006, progressivement doté d'un arsenal législatif et

réglementaire très apprécié dans le domaine de l'insolvabilité. Mais ce dispositif est resté inappliqué pour diverses raisons.

Toutefois, comme on sait qu'une bonne législation sur les entreprises en difficultés est une référence de la sécurité juridique dans la vie commerciale et économique d'un pays, il a plu au Burundi avec l'appui de la Société financière internationale, partenaire en ce domaine, d'apporter des innovations susceptibles d'améliorer, d'abord, la situation du débiteur commerçant à l'interne, sécuriser, ensuite, les transactions transfrontalières et rassurer les investisseurs étrangers par la reconnaissance de la force exécutoire des sentences arbitrales étrangères, sans aucune discrimination.

Le projet de loi aujourd'hui en discussion au Parlement est porteur d'importantes améliorations de l'actuel dispositif. Il introduit de nouveaux mécanismes comme l'accord amiable de pré-insolvabilité, l'accord amiable interne à la procédure de concordat judiciaire ainsi qu'une procédure de transfert d'entreprise plus détaillée pour éclairer l'autorité compétente, en matière de sauvetage d'entreprises en difficultés. Ce seul volet de la réforme devrait inciter les opérateurs économiques et tout intéressé à suivre avec beaucoup d'intérêts les changements bientôt requis du comportement des entreprises en cas de difficultés de leurs débiteurs ou d'elles-mes avec leurs créanciers. Mais il y a plus.

Ledit projet de loi prévoit des dispositions sur les procédures transfrontalières qui vont habiliter les tribunaux à traiter sans beaucoup de formalités les questions se rapportant aux transactions internationales, au moment où le débiteur a le plus besoin de rassembler tous les éléments patrimoniaux, en vue d'affronter ses difficultés avec de meilleurs atouts. La procédure d'insolvabilité internationale

constituera, à ne pas douter, une avancée indéniable en matière de procédures collectives dans un pays comme le Burundi qui compte pour son développement sur l'accueil des capitaux étrangers et l'élargissement de son crédit bien au-delà de ses frontières. Formulons le vœu que la réforme advienne rapidement!

La revue informe enfin les lecteurs de l'excellente thèse soutenue par notre collègue Philibert Baranyanka, à l'université de Laval, au Canada, bien que les débuts de la recherche aient eu lieu à l'université de Genève avant sa restructuration. La faculté de droit de l'université du Burundi s'enorgueillit des résultats de la recherche sur un sujet fort porteur dans des pays comme le Burundi. La thèse est intitulée " La problématique des brevets et l'accès aux médicaments dans les pays en développement par l'approche des biens publics mondiaux". Le résumé repris a été aimablement fourni par l'auteur à la Revue, pour ses lecteurs. D'autres travaux de haut niveau et d'intérêt pour le lecteur seront régulièrement recensés à cette rubrique, chaque fois que de besoin.

Bonne lecture à tous!

L'équipe de rédaction.

I. DOCTRINE

LE REGIME DES DEROGATIONS AUX DROITS DE L'HOMME EN DROIT CONSTITUTIONNEL BURUNDAIS AU REGARD DE LA THEORIE DES DROITS FONDAMENTAUX

Par

Egide MANIRAKIZA

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de droit

INTRODUCTION GENERALE

01. Enoncé de l'étude

En droit international des droits de l'homme, il est généralement admis que la jouissance et l'exercice des droits de l'homme, ou plus précisément certains d'entre eux, ne sauraient revêtir un caractère absolu¹.

Des contraintes économiques, légales, des nécessités absolues ou philosophiques, des exigences du respect d'autrui, etc. imposent des limitations tendant à limiter l'exercice absolu de certains droits afin d'éviter que la liberté de l'un ne s'exerce au détriment de la liberté d'autrui ou au détriment de l'intérêt général. Un équilibre doit être trouvé entre la poursuite de l'intérêt particulier et l'intérêt général². Pour rechercher cet équilibre, le droit international des droits de l'homme prévoit d'une part, « les restrictions » aux droits de l'homme, et d'autre part, ce que l'on désigne par l'expression « dérogations » aux droits de l'homme³.

¹ Il existe une catégorie des droits de l'homme qui a un caractère absolu appelé « droits intangibles » qui forment le noyau dur des droits de l'homme.

² La recherche de cet équilibre est constamment rappelé par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts, notamment : Cour eur.dr.h., arrêt Schneider c. Luxembourg, Requête n° 2113/04/, 10 juillet 2007, § 45.

³ La distinction entre ces deux termes est classique, voir notamment à ce sujet :

- Fr. SUDRE, « Droit international et européen des droits de l'homme », Paris, PUF, 5^{ème} édition mise à jour, 2001, pp.153-159 ;
- NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, « Droit congolais des droits de l'homme », Académia-Bruylant, 2004, pp.154-173.

Les deux expressions qui forment dans leur ensemble les limitations aux droits de l'homme ne sont pas à confondre. Les restrictions sont des limites apportées à l'étendue de la jouissance ou de l'exercice normal des droits de l'homme. Les dérogations constituent des limitations suspensives et temporaires liées à certaines circonstances extérieures et touchant une catégorie donnée des droits de l'homme. La différence fondamentale que l'on peut établir entre les deux régimes est que dans la théorie des restrictions, le respect des droits de l'homme continuent à être observé, sous réserve de l'étendue de la jouissance ou de l'exercice autorisé tandis que dans la théorie des dérogations, le respect des droits de l'homme ou de certains d'entre eux est momentanément suspendu.

Parmi les deux limitations, cette étude portera uniquement sur le régime des dérogations aux droits de l'homme, d'où l'intitulé **Le régime des dérogations aux droits de l'homme en droit constitutionnel burundais au regard de la théorie des droits fondamentaux**. L'étude vise à analyser, à partir du droit international pertinent en la matière, le sort réservé aux dérogations aux droits de l'homme à travers toutes les constitutions et textes à valeur constitutionnel⁴ que le Burundi a déjà connus⁵, plus particulièrement la Constitution du 18 mars 2005 actuellement en vigueur.

⁴ Par texte à valeur constitutionnelle, il faut entendre un texte qui n'a pas été adopté par référendum.

⁵ Comme c'est expliqué dans la suite, en résumé les constitutions et textes à valeur constitutionnelle que le Burundi a connus se suivent chronologiquement comme suit : La décision de la SDN du 20 juillet 1922 dans le cadre du mandat que la SDN avait accordé à la Belgique sur le Territoire du R-U ; la Décision de l'Assemblée Générale de l'ONU du 13/12/1946 dans le cadre de la tutelle de la Belgique sur le Territoire du R-U ; la Constitution provisoire du 23 novembre 1961 ; la Constitution du 16 octobre 1962, la Constitution du 11 juillet 1974 ; la Constitution du 20 novembre 1981 ; la Constitution du 13 mars 1992 ; l'Acte constitutionnel de transition du 6 juin 1998 ; la Constitution de transition du 28 octobre 2001 ; la Constitution intérimaire post-transition du 20 octobre 2004 ainsi que la Constitution du 18 mars 2005.

02. Approche méthodologique

L'approche suivie dans les développements relatifs à cette étude est essentiellement documentaire basée sur les recherches dans instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, la jurisprudence, la doctrine, les constitutions et différents textes constitutionnels que le Burundi a connus tant à l'époque coloniale qu'après l'indépendance. Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels nous avons fait recours sont d'une part ceux relatifs aux droits civils et politiques et d'autre part ceux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels (Déclaration universelle des droits de l'homme ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; Convention européenne des droits de l'homme ; Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier protocole additionnel à la Convention ; Convention interaméricaine des droits de l'homme ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Charte sociale européenne révisée ainsi que la Charte canadienne des droits et libertés. Quant à la jurisprudence, nous avons consulté essentiellement celle de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en raison de leur diversité et de leur richesse.

03. Enoncé du plan

Le droit international des droits de l'homme a déjà dégagé les principes généraux sur la validité des dérogations aux droits de l'homme (**Chapitre I**). C'est après avoir dégagé ces enseignements qu'il sera possible d'analyser le régime des dérogations aux droits de l'homme prévu en droit constitutionnel burundais (**Chapitre II**).

CHAPITRE I. LES ENSEIGNEMENTS DU DROIT INTERNATIONAL SUR LES DEROGATIONS AUX DROITS DE L'HOMME

Au-delà de la définition de ce régime (**Section 1**), les instruments internationaux énoncent ce régime (**Section 2**), déterminent le contenu des mesures dérogatoires (**Section 3**) et indiquent les conditions de validité des dérogations aux droits de l'homme (**Section 4**).

Section 1. Définition du concept

La dérogation est la possibilité réservée aux États de suspendre la jouissance et l'exercice des droits proclamés en cas de guerre ou de danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation ou de situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État (catastrophes ou calamités nationales, insurrection, émeute, guerre, etc.).

En d'autres termes, la dérogation aux droits de l'homme constitue une atteinte momentanée à la substance des droits de l'homme justifiée par certaines circonstances. Ce sont donc des violations autorisées des droits de l'homme qui, en temps normal, n'auraient pas dû l'être, mais qui sont toujours soumises au contrôle du juge. Ces dérogations ne sont pas admises pour tous les droits car il y a des droits auxquels aucune dérogation n'est permise, les droits intangibles qui forment le noyau dur des droits de l'homme.

Section 2. Le régime des dérogations aux droits de l'homme en droit conventionnel

Les instruments internationaux des droits de l'homme affirment de manière presque identique les dérogations aux droits qu'ils contiennent.

Ainsi, l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que «

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.
2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6,7,8 (par 1 et 2), 11,15,16 et 18.
3. Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations ».

Dans la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 15 intitulé « dérogation en cas d'état d'urgence » consacre ce régime en disposant «

1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.
2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf en cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.
3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ».

Dans le cadre de l'Organisation des États Américains, l'article 27 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, intitulé « Suspension des garanties » affirme ce régime dans ces termes « :

1. En cas de guerre, de danger public, ou dans tout autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants : 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique) ; 4(Droit à la vie) ; 5(Droit à l'intégrité de la personne) ; 6(interdiction de l'esclavage et de la servitude) ; 9(Principe de légalité et rétroactivité) ; 12 (Liberté de conscience et de religion) ; 17(Protection de la famille) ; 18 (Droit à un nom) ; 19(Droit de l'enfant) ; 20(Droit à une nationalité) ; 23(Droits politiques). Elle n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés.
3. Tout État partie, qui a recours au droit de suspension, devra immédiatement informer les autres États parties à la présente Convention, par le truchement du Secrétaire général de l'Organisation des États Américains, des dispositions dont l'application a été suspendue, des motifs de la suspension et de la date fixée pour la fin de celle-ci ».

Toutes ces dispositions procèdent de la même manière : elles posent le principe de la dérogation, déterminent les droits intangibles pour lesquels les dérogations ne sont pas admises et terminent en précisant les conditions de forme exigées pour la validité des dérogations.

Signalons que les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme que nous avons souvent fait référence (la Déclaration universelle des droits de l'homme ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; la Charte sociale européenne révisée ainsi que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples) restent muets sur ce régime des dérogations.

Section 3. Contenu des mesures dérogatoires

Le droit international des droits de l'homme n'indique pas les mesures tolérées, les mesures dérogatoires sont laissées à l'entière appréciation des États.

Ces derniers sont cependant tenus d'observer certaines conditions pour que les mesures dérogatoires soient juridiquement admises.

Section 4. Conditions de validité des mesures dérogatoires

A la lecture des différentes dispositions susvisées établissant le régime des dérogations, il apparaît que les dérogations aux droits de l'homme, sont soumises à des conditions de fond et des conditions de forme qui permettent, aux organes de contrôle, de censurer le pouvoir des gouvernants par rapport aux droits et libertés de leurs sujets.

§1. Les conditions de fond

Il y a trois conditions fondamentales de validité des mesures dérogatoires aux droits de l'homme :

1°/ Les mesures dérogatoires aux droits de l'homme ne doivent pas être contraires au droit international général, elles doivent être compatibles avec les autres obligations qu'impose aux États le droit international général⁶.

2°/ Les mesures dérogatoires doivent être prises dans la stricte mesure où la situation exceptionnelle l'exige. En d'autres termes, il doit y avoir un rapport de proportionnalité entre les mesures dérogatoires et la situation d'exception qui

⁶ Cette condition peut être déduite des articles suivants :

- 4.1. du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ;
- 15.1. de la Convention européenne des droits de l'homme ;
- 27.1. de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

prévaut dans le pays. Cette condition peut être déduite des formules «... dans la stricte mesure où la situation l'exige...»⁷ ou « strictement en fonction des exigences du moment »⁸ que l'on trouve dans les différentes dispositions susvisées.

Ainsi par exemple, un gouvernement ne peut pas prendre des mesures dérogatoires à la liberté d'expression pour faire face à une inondation.

2°/ Les mesures dérogatoires aux droits de l'homme ne doivent pas être discriminatoires, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas viser spécifiquement certaines catégories de personnes uniquement en raison de leur race ; de leur couleur ; de leur sexe ; de leur langue ; de leur religion ; de leur origine sociale, tribale ou ethnique ; ou de tout autre opinion. Cette condition est bien précisée dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹ et dans la Convention interaméricaine des droits de l'homme¹⁰ mais la Convention européenne des droits de l'homme ne l'a pas explicitement indiquée.

Au titre des motifs qui ouvrent la possibilité aux États de prendre des mesures dérogatoires aux droits et libertés, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'énumère qu'une seule circonstance : le danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation¹¹. La Convention européenne des droits de l'homme en énumère deux : en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation¹².

⁷ Cette formule se trouve dans les articles : 4.1. du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article 15.1. de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁸ C'est la formule utilisée par l'article 27.1. de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

⁹ Article 4.1.

¹⁰ Article 27.1.

¹¹ Article 4.1.

¹² Article 15.1.

La Convention interaméricaine des droits de l'homme cite la guerre, le danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie¹³. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a gardé silence sur le régime spécial dérogatoire aux droits et libertés. Un tel silence peut être interprété de deux manières¹⁴.

Positivement, il pourrait être regardé comme un refus de système régional africain d'inciter les États membres à la Charte à prendre des mesures dérogatoires aux droits et libertés.

Négativement, il peut être perçu, en vertu du principe juridique d'après lequel ce qui n'est pas interdit est permis, que les États africains sont libres de déroger aux droits et libertés reconnus par la Charte quelles que soient les circonstances.

Que recouvre ces motifs de dérogation, guerre ou danger public menaçant la vie de la nation prévus dans les différents instruments ? Le droit international des droits de l'homme ne définit pas ces expressions mais donne deux hypothèses de survenance de circonstances exceptionnelles pouvant déboucher à la dérogation aux droits de l'homme : l'état de siège, l'état d'urgence. L'état de siège est un régime de temps de crise résultant d'une déclaration officielle qui se caractérise par la mise en application d'une législation exceptionnelle de prévoyance soumettant les libertés individuelles à une emprise renforcée de l'autorité publique. Il est proclamé lorsqu'un pays se trouve en situation de guerre, d'invasion ou d'attaque du territoire national par des forces extérieures.

¹³ Article 27.1.

¹⁴ Voy. à ce sujet :

- F. OUGUERGOUZ, La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Paris, PUF, 1994, PP.257 et suivants ;
- Revue Générale de Droit International Public, 1994, p. 289.

L'état d'urgence est une situation dans laquelle les pouvoirs de police administrative se trouvent renforcés et élargis pour faire face soit à un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit à des événements présentant par leur nature et leur gravité le caractère de calamité publique (exemples : inondation, sécheresse, tremblement de terre, éruption volcanique, foudre généralisée, etc.). Il est proclamé lorsqu'un danger menace un État ou lorsque le fonctionnement régulier des institutions étatiques ou d'une région est interrompu.

En droit international des droits de l'homme, les termes état d'urgence et état de siège sont assimilés aux termes « danger public exceptionnel » visés dans les instruments internationaux des droits de l'homme susceptible de justifier la dérogation aux droits de l'homme.

§2. Conditions de forme

Les mesures dérogatoires doivent être portées à la connaissance de la communauté internationale, c'est-à-dire des États parties à une Convention internationale des droits de l'homme ou à des organes de certaines organisations internationales (exemple : le Secrétaire Général de l'ONU) et dans un certain délai. L'État est tenu d'informer les instances internationales prévues dans les Conventions internationales auxquelles il est partie des mesures prises, les motifs qui justifient la prise de telles mesures ainsi que la période à laquelle lesdites mesures vont cesser d'être appliquées¹⁵.

¹⁵ Voir à ce sujet les articles : 4.3. du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; 15.3. de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que l'article 27.3. de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

CHAPITRE II. LE REGIME DES DEROGATIONS EN DROIT CONSTITUTIONNEL BURUNDAIS

Le régime des dérogations aux droits de l'homme au Burundi (**Section 2**) peut être déterminé après analyse des différentes constitutions et textes constitutionnels que le Burundi a connus (**Section 1**).

Section 1. Textes constitutionnels servant de base d'analyse

Les textes constitutionnels à analyser pour indiquer la position du constituant en la matière sont tous les textes de cette nature que le Burundi a connus depuis que le droit coutumier ait cédé la place au droit écrit, précisément depuis la colonisation belge du Territoire du Ruanda-Urundi.

L'histoire constitutionnelle du Burundi commence avec la période coloniale belge. En suivant l'ordre chronologique, les textes constitutionnels que le Burundi a connus peuvent être présentés comme suit. Le droit écrit, d'inspiration européenne, a été introduit par le colonisateur pour remplacer progressivement le droit coutumier. Au début de la période coloniale, le Burundi faisait partie du Territoire du Ruanda-Urundi et était placé sous la domination allemande depuis 1896.

Les allemands sont restés au Ruanda-Urundi jusqu'en 1916 suite à leur défaite pendant la première guerre mondiale suivie de l'occupation militaire des troupes royales belges. Le Burundi fut conquis en 1916 par les troupes coloniales belges à la suite de leur victoire sur les troupes de l'armée coloniale allemande, un mois plus tôt qu'au Rwanda. Les troupes coloniales belges qu'on appelait Force

Publique Congolaise avaient fait leur entrée à Gitega le 17/6/1916. Pendant leur brève période d'occupation, les Allemands n'ont pas apporté des changements notables au niveau de la législation et aucun texte à valeur constitutionnel n'a été produit pendant la période coloniale allemande.

Il a fallu attendre la domination belge pour avoir apparaître le premier texte à valeur constitutionnelle qui est la Décision de la SDN du 20 juillet 1922 dans le cadre du mandat que la SDN avait accordé à la Belgique sur le Territoire du Ruanda-Urundi. Cette décision de la SDN fût par la suite entérinée par la loi belge de la 20/10/1924 portant acceptation par la Royaume de Belgique du mandat de la SDN sur le territoire du Ruanda-Urundi. Le régime juridique du mandat belge sur le Ruanda-Urundi ne sera véritablement mis en œuvre que 2ans plus tard par la « loi cadre » du 21/8/1925 sur le gouvernement du Ruanda-Urundi, laquelle loi prenait effet au 1/3/1926. Cette loi du 21/8/1925 a été appelée « loi cadre » parce qu'elle avait valeur de constitution et elle constitue le premier texte à valeur constitutionnelle pour le Burundi.

Le régime du mandat belge sur le Territoire du Ruanda-Urundi a pris fin en 1946 lorsque l'ONU qui venait de remplacer la SDN en 1945 confia à la Belgique la « tutelle » administrative du Ruanda-Urundi. Ce transfert d'un régime à l'autre fut opéré par l'accord de tutelle sur le Territoire du Ruanda-Urundi approuvé par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 13/12/1946 et entérinée ensuite par une loi belge du 25/4/1949. Cette loi constitue le deuxième texte à valeur constitutionnelle pour le Burundi.

Suivant les dispositions de l'article 76 de la Charte des Nations Unies du 26/6/1945 à laquelle se referait l'accord de tutelle, l'autorité tutélaire était tenue,

entre autres, de favoriser l'évolution progressive vers la capacité de s'administrer eux-mêmes pour l'indépendance compte tenu des conditions particulières à chaque territoire et à ses populations, aspirations librement exprimées par les populations intéressées et des dispositions qui pourront être prévues dans chaque accord de tutelle ». C'est pour cette raison que pour préparer le Ruanda et l'Urundi vers l'indépendance, la Belgique a mis en place la Constitution provisoire du 23 novembre 1961. Elle a été appelée provisoire dans l'attente d'une constitution définitive qui devait intervenir après l'indépendance prévue le 1/7/1962. Cette constitution provisoire constitue le troisième texte constitutionnel connu par le Burundi.

Après l'indépendance, il était donc normal qu'il y ait une constitution définitive qui viendrait pour remplacer celle qui avait été qualifiée de provisoire, ce qui a été réalisée avec l'adoption par référendum de la Constitution du 16 octobre 1962 qui constitue le quatrième texte constitutionnel que le Burundi a connu.

La Constitution du 16 octobre 1962 fût suspendue par le coup d'État du 28 novembre 1966 qui a supprimé la monarchie et proclamé la Première République. C'est sous cette Première République qu'a été adoptée par référendum la Constitution du 11 juillet 1974 qui constitue le cinquième texte constitutionnel du Burundi.

La constitution du 11 juillet 1974 a été suspendue par le Coup d'État du 1/11/1976 qui a proclamé la Deuxième République. C'est sous cette Deuxième République qu'a été adoptée par référendum la constitution du 20 novembre 1981 qui constitue le sixième texte constitutionnel pour le Burundi.

Cette constitution du 20 novembre 1981 a été suspendue par le Coup d'État du 3/9/1987 qui a proclamé la Troisième République sous laquelle a été adoptée par référendum la Constitution du 13 mars 1992 qui constitue le septième texte constitutionnel du Burundi.

Une année après a commencé une longue crise avec le Coup d'État du 21/10/1993, une crise qui a montré que cette constitution du 13 mars 1992 était muette ou lacunaire sur certains aspects. Pour lever ces lacunes, il fallait l'amender ou adopter une nouvelle constitution. Ceci était difficile à réaliser avec le contexte de guerre civile que connaissait le pays à cette époque. C'est pendant cette crise qu'ont été adoptés des textes à valeur constitutionnelle par le Parlement étant donné l'impossibilité d'organiser des référendums. Ces textes sont les suivants : Acte constitutionnel de transition du 6 juin 1998, Constitution de transition du 28 octobre 2001, Constitution intérimaire post-transition du 20 octobre 2004. Ces textes constituent respectivement le huitième, le neuvième et le dixième textes constitutionnels connus par le Burundi.

La Constitution intérimaire post-transition du 20 octobre 2004, dixième texte à valeur constitutionnelle du Burundi a été abrogée par la Constitution du 18 mars 2005 adoptée par référendum et actuellement en vigueur. Cette dernière constitue le onzième texte constitutionnel du Burundi.

Section 2. L'option du constituant burundais

Le constituant burundais n'a pas porté toute l'attention voulue au régime des dérogations aux droits de l'homme.

En effet, dans toutes les constitutions et textes à valeur constitutionnelle que le Burundi a connus, le terme « dérogation » aux droits de l'homme n'est apparu pour la 1^{ère} fois que dans le dernier alinéa de l'article 15 de la Constitution du 28 octobre 2001 et ce régime des dérogations n'est conçu uniquement que pour les droits contenus dans les instruments internationaux qui font partie intégrante de ces textes constitutionnels que le Burundi a connus.

Ainsi, l'article 15 de la constitution de transition du 28 octobre 2001 énonce que « Ces droits fondamentaux ne font l'objet d'aucune (...) dérogation, sauf dans certaines circonstances justifiables, acceptables en droit international et prévues par la présente constitution de transition. »

Les constitutions qui ont suivi ont énoncé presque de la même manière que la constitution du 28 octobre 2001 ce régime.

Ainsi, le dernier alinéa de l'article 19 de la Constitution intérimaire post-transition du 20 octobre 2004 dispose « Ces droits fondamentaux ne font l'objet d'aucune (...) dérogation, sauf dans certaines circonstances justifiables par l'intérêt général ou la protection d'un droit fondamental ».

Dans le même sens, le dernier alinéa de l'article 19 de la Constitution du 18 mars 2005 actuellement en vigueur dispose « Ces droits fondamentaux ne font l'objet d'aucune (...) dérogation, sauf dans certaines circonstances justifiables par l'intérêt général ou la protection d'un droit fondamental ».

Au delà de cette reconnaissance formelle du régime de dérogation aux droits de l'homme, force est de constater que dans les dispositions constitutionnelles

susvisées y compris celles de la Constitution du 18 mars 2005 actuellement en vigueur, rien n'est dit non seulement sur les dérogations aux droits de l'homme énoncés en plus de ceux figurant dans ces instruments internationaux mais aussi sur les conditions de validité des mesures dérogatoires (conditions de fond et conditions de forme).

CONCLUSION GENERALE

Le régime des dérogations aux droits de l'homme, autre composante des limitations aux droits de l'homme, est un régime pour lequel le droit international des droits de l'homme a dégagé les principes généraux portant notamment sur la définition du concept, le contenu des mesures dérogatoires ainsi que les conditions exigées pour la validité de ces mesures.

Sur base de ces enseignements du droit international, l'analyse des textes constitutionnels que le Burundi a connus permet de tirer la conclusion que le constituant burundais, et à toutes les époques, n'a pas réservé toute l'attention voulue à ce régime. Dans tous les textes constitutionnels et même dans la constitution du 18 mars 2005 actuellement en vigueur, ce régime n'a été conçu que sommairement uniquement pour les droits contenus dans les instruments internationaux qui font partie intégrante de ces textes. Et là aussi, pour cette catégorie de droits de l'homme, le constituant reste muet sur les conditions de fond et de forme exigées pour la validité des dérogations aux droits de l'homme telles que celles-ci découlent du droit international des droits de l'homme pertinent en la matière. La même attitude s'observe avec une acuité particulière, pour les autres droits de l'homme énoncés en plus de ceux visés précédemment pour lesquels rien n'est dit sur leur régime dérogatoire.

C'est une situation déplorable et c'est pour cette raison que nous invitons le constituant burundais à prévoir un régime de dérogation aux droits de l'homme conforme aux standards internationaux et qui énoncerait notamment les droits indérogeables ainsi que les conditions de fond et de forme exigées pour la validité des mesures dérogoires.

BIBLIOGRAPHIE

I. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

A. INSTRUMENTS UNIVERSELS

1. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, décembre 1948
2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 3 juin 1966
3. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 3 juin 1966

B. INSTRUMENTS REGIONAUX

1. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 1981
2. La Convention européenne des droits de l'homme telle que modifiée après le Protocole n° 11, 1^{er} juin 1998
3. La Convention interaméricaine des droits de l'homme, 1969
4. Le Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et

libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier protocole additionnel à la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n° 11

II. INSTRUMENTS NATIONAUX : TEXTES CONSTITUTIONNELS OU A VALEUR CONSTITUTIONNELLE

1. Accord de Tutelle de la Belgique sur le Territoire du Ruanda-Urundi approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 1946 et entérinée par une loi belge du 25 avril 1949
2. Acte Constitutionnel de transition du 6 juin 1998
3. Constitution de transition du 28 octobre 2001
4. Constitution du 11 juillet 1974
5. Constitution du 13 mars 1992
6. Constitution du 16 octobre 1962
7. Constitution du 18 mars 2005
8. Constitution du 20 novembre 1981
9. Constitution intérimaire post-transition du 20 octobre 2004
10. Constitution provisoire du 23 novembre 1961
11. Décision de la SDN du 20 juillet 1922 entérinée par la loi belge du 20 octobre 1924

III. OUVRAGES

1. COHEN- JONATHAN G., « La Convention européenne des droits de l'homme », Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1989.

2. FLAUSS J.F. et LAMBERT-ABDELGAWAD E. (Sous la direction de), « L`application nationale de la Charte africaine des droits de l`homme et des peuples », Bruxelles, Bruylant, 2004.
3. NGONDANKOY NKOY-ea- LOONGA, « Droit congolais des droits de l`homme », Académia-Bruylant, 2004.
4. OUGUERGOUZ F., « La Charte africaine des droits de l`homme et des peuples, une approche juridique entre tradition et modernité », Paris, 1994.
5. PETTITI L-E., DECAUX E. et P-H, IMBERT, « La Convention européenne des droits de l`homme, commentaire article par article », Paris, Economica, 1995.
6. SUDRE Fr., « Droit international et européen des droits de l`homme », Paris, P.U.F., 5^{ème} édition mise à jour, 2001.

IV. ARTICLES

1. COHEN – JONATHAN G., « Article 10 », in PETTITI L-E., DECAUX E. et P-H, IMBERT, « La Convention européenne des droits de l`homme, commentaire article par article », Paris, Economica, 1999, pp. 366-408.
2. COUSSIRAT –COUSTERE, Article 10, §2 », in PETTITI L-E., DECAUX E. et P-H, IMBERT, « La Convention européenne des droits de l`homme, commentaire article par article », Paris, Economica, pp. 409-418.
3. FORNEROD A., « Liberté négative de religion et fiscalité culturelle au sujet de l`arrêt cour eur.dr.h., Wasmuth c. Allemagne, 17/2/2001 », Revue Trimestrielle des Droits de l`Homme, pp. 604 et suivants.
4. JEAN-BAPTISTE W., « La reconnaissance du droit à l`objection de conscience par la Cour européenne des droits de l`homme, », Revue Trimestrielle des Droits de l`Homme, pp. 671-686.

5. PINTO, R., « La liberté d'information et d'opinion et le droit international », in J.D.I. 1981, pp. 102-104.

V. JURISPRUDENCE

- Cour eur.dr.h., arrêt Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976 ;
- Cour eur.dr.h., arrêt Sundays Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979 ;
- Cour eur.dr.h., arrêt Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981 ;
- Cour eur.dr.h., arrêt Kruslin c. France, 24 avril 1990.
- Cour eur.dr.h., arrêt Parti communiste unifié c. Turquie, 30 janvier 1998 ;
- Cour eur.dr.h., arrêt Chassagnou et autres c. France, 29 avril 1999 ;
- Cour eur.dr.h., arrêt Baranowski c. Pologne, 28 mars 2000 ;
- Cour eur.dr.h., arrêt Kutzner c. Allemagne, n° 46544/99, CEDH 2002 ;
- Cour eur.dr.h., arrêt Wagner et J.MW.L. c. Luxembourg, 28 juin 2007 ;
- Cour eur.dr.h., arrêt Schneider c. Luxembourg, 10 juillet 2007 ;
- Cour eur.dr.h., arrêt Baches c. Luxembourg, 8 juillet 2008 ;
- Cour eur.dr.h., arrêt Editorial Board of Pravoye Delo c. Ukraine, 5 mai 2011.

LE REGIME MATRIMONIAL DE DROIT COMMUN EN DROIT BURUNDAIS

Par

Gervais GATUNANGE

Professeur à la Faculté de droit de l'Université du Burundi

INTRODUCTION GENERALE

Le régime matrimonial est un ensemble de règles qui fixent le statut patrimonial des époux dans leurs rapports mutuels comme dans leurs rapports avec les tiers¹. Le sort des biens des époux pendant le mariage et à la dissolution du régime, les pouvoirs des époux sur ces biens, la répartition des charges du ménage et la participation éventuelle aux gains réalisés, voilà les principales questions auxquelles doit répondre ce corps de règles².

Le Burundi ne s'est pas encore doté d'une loi sur les régimes matrimoniaux³ ; mais cela ne signifie pas qu'il y a un vide juridique total en la matière. Le Code des Personnes et de la Famille (C.P.F.) contient, en réalité, des dispositions fondamentales qui correspondent à ce que l'on appelle « *régime primaire*⁴ ». Le régime matrimonial primaire règle impérativement les droits, les obligations et pouvoirs des époux par le seul fait du mariage⁵. Il constitue « *le statut impératif* »

¹ A. COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 5^{ème} éd., Paris, Litec, 1992, p. 2

² S. GUINCHARD, *Droit patrimonial de la famille au Sénégal*, Paris, L. G.D.J., 1980, p. 80

³ Une proposition de loi sur les successions, les libéralités et les régimes matrimoniaux a été déposée au Bureau de l'Assemblée nationale en 2004 ; mais le dossier ne semble pas avancer.

⁴ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 6^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 83

⁵ L. RAUCENT, *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 39

*de base*⁶ », en ce sens que ses dispositions s'appliquent à tous les époux, quelles que soient les particularités de leur régime matrimonial. Les règles du régime matrimonial primaire sont applicables par le seul fait du mariage⁷, raison pour laquelle elles figurent dans le Code des Personnes et de la famille au chapitre « *des droits et devoirs respectifs des époux* »⁸.

Le Code des personnes et de la famille contient ainsi des dispositions qui donnent une solution satisfaisante aux questions primordiales pour la vie du ménage, en l'occurrence l'obligation d'entretien, d'éducation et d'établissement des enfants communs (art. 123 CPF), la résidence conjugale (art. 124 CPF), le droit de chaque époux de passer seul tout acte relatif aux charges du ménage de première nécessité et la solidarité passive à propos de pareille dette (art. 125 CPF), la profession des époux (art. 127), les mesures judiciaires en cas de violation par un des époux des devoirs qui découlent du mariage (art. 128 CPF), l'obligation alimentaire entre époux (art. 134 CPF). Notons que le régime matrimonial primaire traite essentiellement des pouvoirs des époux quant à certains biens ou certaines dettes. La propriété des biens des époux relève du régime matrimonial secondaire⁹.

La matière qui n'est pas traitée concerne justement le régime matrimonial secondaire. Celui-ci comprend les règles légales ou conventionnelles relatives à la propriété des biens et dettes des époux avant et pendant le mariage, à leur mode

⁶ A. COLOMER, *Op. cit.*, p. 8

⁷ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les régimes matrimoniaux*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1978, p. 28

⁸ D.-L. n° 1/024 du 24 avril 1993 portant réforme du Code des personnes et de la famille, B.O.B., 1993, n° 6, p. 213

⁹ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^o éd., Bruxelles, Bruylant. 2008, p. 5

de gestion et à leur affectation et partage après la dissolution du régime entre les époux et leurs créanciers¹⁰.

En l'absence de loi sur les régimes matrimoniaux secondaires, il se pose la question de savoir à quel régime matrimonial secondaire les Burundais sont soumis. S'agit-il du régime de communauté et, dans ce cas, de quel régime de communauté exactement, puisqu'il existe plusieurs sortes de régimes de communauté ? Ou alors s'agit-il du régime de séparation ? La jurisprudence n'est pas unanime ; elle hésite entre plusieurs solutions. D'où l'intérêt d'une analyse critique des différentes solutions en vue d'éclairer le lecteur sur une question aussi importante dans la vie des ménages.

Il faut d'emblée signaler que, contrairement au régime primaire qui relève de la loi, le régime matrimonial secondaire relève de l'autonomie de la volonté et subsidiairement de la loi. En cette matière, la loi n'intervient qu'en l'absence de conventions spéciales que les époux peuvent conclure librement, sous la seule réserve de leur conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹¹. Il y a, en conséquence, lieu de distinguer deux sources des régimes matrimoniaux secondaires, à savoir la loi et le contrat de mariage.

En effet, la loi n'intervient qu'à défaut de conventions spéciales entre époux¹². Le législateur choisit un régime de droit commun ou légal qui s'impose en l'absence de conventions dérogoratoires valables. Il s'agit d'un régime auquel sont soumis les époux mariés sans contrat de mariage ou qui ont choisi ce régime dans leur contrat de mariage¹³. Ainsi donc, même en l'absence d'une loi, les couples burundais pourraient combler cette lacune en choisissant eux-mêmes le régime matrimonial

¹⁰ Ph. DE PAGE, *Op. cit.*, p. 53

¹¹ A. COLOMER, *op.cit.*, p. 137

¹² L. RAUCENT, *Op.cit.*, p. 28

¹³ F. LUCET et B. VAREILLE, *OP.cit.*, p. 51

qui leur convient. Le problème se pose lorsque, et c'est le plus souvent le cas, les époux n'ont pas fait ce choix. Sous quel régime matrimonial seront-ils alors mariés ?

Au cours de notre réflexion, nous exploiterons plusieurs sources, principalement les législations étrangères, la doctrine tant nationale qu'étrangère et la jurisprudence. S'agissant de cette dernière source, nous consulterons les revues de jurisprudence mais aussi les travaux de fin d'études qui ont été menés, à la Faculté de droit de l'Université du Burundi, au sujet de la jurisprudence des cours et tribunaux relativement au régime matrimonial de droit commun.

Nous nous proposons de faire le point sur le régime matrimonial secondaire appliqué par les cours et tribunaux. En effet, la jurisprudence n'est pas unanime sur la question. Il y a une tendance qui opte pour le régime de communauté (**Chapitre 1**) et une autre qui penche pour le régime de séparation (**Chapitre 2**). Après cet état des lieux, nous insisterons sur la nécessité de promulguer une loi sur les régimes matrimoniaux pour mettre fin à l'incertitude actuelle qui est préjudiciable aux intérêts des familles, des époux et des tiers (**Chapitre 3**).

CHAPITRE 1. TENDANCE COMMUNAUTAIRE

Dans leur grande majorité, les tribunaux optent pour les régimes de communauté, mais des zones d'ombre subsistent car il y a plusieurs sortes de régimes de communauté : la communauté universelle, la communauté de meubles et acquêts et la communauté réduite aux acquêts.

A ce propos, un jugement du tribunal de première instance du Burundi rendu en 1963 optait déjà pour le régime de communauté :

« Attendu que le Code civil en vigueur au Burundi ne règle pas le régime matrimonial des époux ; qu'il y a dès lors lieu de s'en référer aux principes généraux du droit. Attendu qu'en vertu des principes généraux du droit, il faut conclure que les époux qui sont mariés sans établir de conventions matrimoniales sont mariés sous le régime de communauté¹⁴ ».

Ce jugement ne précise pas cependant de quel régime de communauté il s'agit.

Le régime de communauté se caractérise par l'existence d'une masse commune durant le mariage, une masse de biens dont la propriété est commune aux deux époux : *« L'existence d'une masse commune est de l'essence des régimes de communauté. C'est elle qui constitue, au plan des biens, comme un reflet de l'union des personnes »*¹⁵. Durant le mariage, tout ou partie des biens des conjoints sont réunis en une masse dans laquelle les époux ont ensemble des droits.

¹⁴ Tribunal de première instance du Burundi, 17 avril 1963, *RJRB*, 1963, p. 107,

¹⁵ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2001, p.6
Revue Burundaise de Droit et Société

La masse commune a pour fonction de couvrir les charges du ménage. C'est ce qui explique qu'elle comprend au minimum les revenus de l'activité et des biens des conjoints, revenus normalement destinés à couvrir les besoins communs. A ce titre, la masse commune bénéficie d'une priorité par rapport aux propres des époux sous forme de présomption de communauté : « *Dans les régimes de communauté, les biens dont le caractère de propre n'est pas établi sont présumés constituer des biens communs* »¹⁶. A la dissolution du régime, la masse commune est partagée entre les époux ou entre le conjoint survivant et les héritiers de l'époux décédé.

Parmi les régimes de communauté, il y a lieu de distinguer la communauté universelle (**Section 1**), la communauté de meubles et acquêts (**Section 2**) et la communauté réduite aux acquêts (**Section 3**).

Section 1. La communauté universelle

Dans le régime de la communauté universelle, la masse commune comprend en principe tous les biens des époux, ceux dont ils sont propriétaires lors du mariage et ceux qu'ils vont acquérir par la suite à quelque titre que ce soit. Il en est de même des dettes présentes ou à venir¹⁷. Toutefois, certains biens restent propres. Il s'agit des biens mobiliers et immobiliers acquis à titre gratuit avec exclusion de communauté ; des biens qui sont strictement personnels comme les habits, les bijoux, les instruments de travail ; des indemnités compensatoires d'un préjudice physique ou moral, les rentes alimentaires, la pension de retraite ou d'invalidité¹⁸.

¹⁶ J. PATARIN et I. ZAJTEY, *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, Paris, A. Pédone, 1974, p. 35

¹⁷ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Op.cit.*, p. 316

¹⁸ L. RAUCENT, *Op.cit.*, p. 394

Quelques arrêts décident, sans le dire explicitement, que les époux sont mariés sous le régime de la communauté universelle. Ainsi, dans l'arrêt RCC 5023 rendu le 15 janvier 1987, la Cour de cassation débouta une épouse qui s'opposait à la vente publique de son bien pour payer une dette de son conjoint :

« Attendu (...) qu'aucun texte du Burundi ne régit l'association conjugale quant aux biens ; que les époux n'ayant conclu aucune convention spéciale qui régirait leurs biens, il fallait interroger les faits pour savoir à qui appartenait la maison conjugale litigieuse ;

Attendu que le régime de communauté des biens des époux est la règle, si bien que les époux qui ne concluent aucune convention spéciale régissant leur association, sont considérés comme étant mariés sous le régime de la communauté ;

Attendu dès lors que les biens des époux constituent le gage commun des créanciers de l'un d'eux ; que c'est donc à juste titre que l'immeuble saisi, qui était inscrit au nom de la requérante, serve à désintéresser le créancier¹⁹ ».

Même si la Cour de cassation ne dit pas expressément que les époux sont mariés sous le régime de la communauté universelle, il va sans dire que c'est à celle-là qu'elle pense. C'est en effet uniquement sous ce régime que les biens des époux, indistinctement, sont affectés au paiement des dettes de chacun d'eux. « *Par souci d'équilibrisme, le législateur inclut dans la communauté universelle, les dettes présentes et futures* »²⁰.

¹⁹Cour suprême du Burundi, Chambre de cassation, arrêt RCC 5023 du 15/O1/1987, cité par S. BUKURU, *Le régime matrimonial de droit commun d'après la jurisprudence burundaise*, mémoire, Faculté de droit, Université du Burundi, Bujumbura, 2005, p.43

²⁰ A. COLOMER, *Op. cit.*, p. 519

Dans d'autres régimes de communauté, chacune des masses répond de ses dettes : « *Le principe est que la dette est supportée par la masse qui en a profité* »²¹. De façon générale, toutes les dettes contractées au profit de la communauté pèsent sur celle-ci. En revanche, demeurent définitivement à la charge des patrimoines propres, les dettes dont l'un des époux profite seul²². Sont ainsi des dettes propres, les dettes antérieures au mariage ou grevant des libéralités, les dettes contractées dans l'intérêt exclusif du patrimoine propre, les dettes résultant d'actes illicites ou interdits et les dettes délictuelles²³.

Dans un régime de séparation, c'est encore plus simple : « *Chacun supporte seul le passif qu'il a fait naître, avant ou pendant le mariage*²⁴ ». Il n'y a d'exception que lorsque la dette a été contractée pour couvrir les besoins du ménage. Au Burundi, ce principe est consacré par l'article 125 C.P.F. : « *Chacun des époux a pouvoir pour passer seul tout acte relatif aux charges du ménage de première nécessité. Toute dette ainsi contractée par l'un des époux oblige l'autre solidairement sauf le droit pour ce dernier d'exercer un recours en cas d'abus*».

Un autre arrêt rendu, cette fois, par la cour administrative abonde dans le même sens. La demanderesse réclamait la mainlevée d'une saisie pratiquée sur sa maison propre dans une affaire pénale où seul le mari était impliqué. La cour administrative la débouta en ces termes :

« *Attendu que(...) les époux étant mariés sous le régime de la communauté des biens, les dettes du mari peuvent être recouvrées sur les biens de son épouse ;*

²¹ L. RAUCENT, *op. cit.*, p. 112

²² P. LUCET et B. VAREILLE, *op.cit.*, p. 71

²³ Ph. DE PAGE, *op.cit.*, p.118

²⁴ M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, 2001/2002, p.283

Attendu qu'il a été demandé au conseil de la demanderesse en audience publique du 18 mars 1987 de déterminer le régime matrimonial des époux qui prévalait au moment des faits ;

Mais attendu qu'il n'a pas pu démontrer que les époux s'étaient mariés sous le régime de la séparation des biens, qu'en l'absence de contrat de séparation des biens, c'est la communauté qui prévaut²⁵ ».

Il est significatif que lorsqu'un époux veut éviter d'être tenu des dettes de son conjoint, il recourt à la séparation de biens judiciaire, comme l'illustre ce jugement du tribunal de résidence de Rohero :

« Le tribunal de résidence de Rohero ;

1° Reçoit l'action telle qu'introduite par MBA.God. et la déclare fondée.

2° Homologue le régime matrimonial de la séparation des biens des époux.

3° Dit que chacun des époux réglera ses dettes nées et à naître sur ses propres biens.

4° Dit que chacun des époux participera aux charges liées à l'éducation et à l'entretien des enfants selon ses possibilités²⁶ ».

Si les époux recourent à la séparation de biens judiciaire et que les cours et tribunaux reçoivent cette action, cela signifie que les uns et les autres considèrent que le régime de droit commun est un régime de communauté. En effet par la séparation des biens judiciaire, un époux prend l'initiative de demander de convertir le régime de communauté qui régit le ménage en régime de séparation

²⁵ Cour administrative de Bujumbura, arrêt RCA 34 du 20/4/1987, cité par I. Koriciza, *Le régime matrimonial de droit commun au Burundi : état de la jurisprudence*, mémoire, Université du Burundi, Faculté de droit, 2012, p. 43

²⁶ Tribunal de résidence de Rohero, jugement RCF 288/2000 du 5 mai 2001, cité par S. BUKURU, *Op.cit.*, p. 21

des biens : « *La séparation de biens judiciaire est en effet un moyen de changer de régime même à l'encontre de la volonté d'un des époux, lorsque l'autre risque de perdre sa part dans la communauté. Il s'agit de sauver les meubles et de partager immédiatement ce qui subsiste encore des biens communs, attendre plus longtemps ferait courir les risques d'une perte totale* »²⁷.

A côté de ces jugements et arrêts qui optent explicitement ou implicitement pour le régime de communauté universelle, d'autres décisions optent pour d'autres régimes de communauté. L'on remarque d'ailleurs que les juridictions inférieures jugent sans se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation. Paradoxalement, même le régime de communauté de meubles et acquêts, pourtant en perte de vitesse, trouve encore des adeptes parmi les tribunaux.

Section 2. La communauté de meubles et acquêts

Dans le régime de la communauté de meubles et acquêts, la masse commune comprend tous les meubles appartenant aux époux lors du mariage et ceux qu'ils acquerront par après pour quelque cause que ce soit, tandis que seuls tombent dans la communauté les immeubles acquis à titre onéreux durant le mariage. Tombent également en communauté les revenus des activités des époux ainsi que les fruits et revenus des propres des époux et des biens communs²⁸.

Un jugement du tribunal de grande instance de Kirundo, rendu dans une affaire où les époux se disputaient la propriété d'une maison construite par l'épouse pendant qu'ils étaient séparés de fait, décide que les époux sont mariés sous le régime de la

²⁷ L. RAUCENT. *Op.cit.*, p.306

²⁸ J. FLOUR et G.CHAMPENOIS, *Op.cit.*, p. 638

communauté de meubles et acquêts, en se référant à une étude menée par un consultant :

Attendu que les époux n'ont pas convenu d'un régime particulier ; que le tribunal doit pourtant dire à qui ira la propriété de la maison disputée, au vu du régime juridique applicable ;

Attendu que Maître Fidèle Ntirushwa, ancien avocat du barreau burundais, pense que « Par voie de l'équité et par référence à l'esprit du C.P.F., on en arrive à un régime de la communauté. Quel genre de communauté ? De nouveau, par déduction, on estime qu'il s'agit de communauté de tous les meubles présents et à venir, mais réduite pour les immeubles aux acquêts ;

Qu'ainsi la maison en litige, si elle a été construite et achevée pendant une période comprise entre les dates de mariage et de divorce des époux, sera réputée « produit du labeur commun des époux²⁹ ».

On ne peut manquer d'être étonné par ce jugement quand l'on sait que ce régime, qui était le régime légal du Code Napoléon, tend à être abandonné³⁰ au profit du régime de communauté réduite aux acquêts. Ce dernier régime a les faveurs de beaucoup de juridictions burundaises, comme nous allons le voir dans les lignes qui suivent.

Section 3. Le régime de communauté réduite aux acquêts

Le régime de communauté réduite aux acquêts, de son côté, se caractérise par le fait que la communauté ne comprend que les revenus des propres, les revenus du

²⁹ Tribunal de grande instance de Kirundo, jugement RCA 3968 du 24/12/2009, cité par I. KORICIZA, *Op.cit.*, p. 45

³⁰ « Cette communauté conventionnelle n'est pas fréquemment stipulée », A. COLOMER, *Op.cit.*, p.513

travail des époux et les biens, meubles ou immeubles acquis par eux, à titre onéreux, durant le mariage : « *La communauté débute à zéro* »³¹. Il faut préciser toutefois qu'il existe des propres par nature, c'est-à-dire des biens qui forment des propres quels que soit leur date ou leur mode d'acquisition. Les propres par nature sont constitués des meubles personnels tels les vêtements et linges à usage personnel de l'un des époux, les instruments nécessaires à la profession d'un époux. Il en est de même des droits personnels telles les indemnités allouées à un époux, les créances d'aliments et les pensions de retraite. A ceux-là s'ajoutent les biens corporels à caractère personnel tels que les souvenirs familiaux par exemple³².

Certains jugements des tribunaux burundais penchent pour ce genre de communauté même s'ils ne le disent pas explicitement. Il en est ainsi de ce jugement du Tribunal de Grande Instance de Kirundo rendu en faveur de l'épouse M.A.G. le 29/03/2010 :

« M.A.G. est reconnu dans ses droits sur la propriété foncière achetée en emploi de la propriété foncière que son père lui avait donnée ;

M.A.G. prendra la moitié de la maison acquise après la vente des vaches, celles-ci ayant été achetées avec des sommes obtenues de la vente des récoltes agricoles³³ ».

Le juge semble s'inspirer du régime de communauté réduite aux acquêts puisque les biens acquis par donation restent propres à la demanderesse tandis que tombent en communauté la propriété acquise à titre onéreux pendant le mariage.

³¹ A. COLOMER, op.cit., p. 285

³² G. CORNU, *Régimes matrimoniaux*, 6^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 355

³³ Tribunal de grande instance de Kirundo, jugement RCA 3980 du 29/03/2010, cité par I. KORICIZA, *Op. cit.*, p. 48

Mais en réalité, en l'absence de meubles appartenant à un époux avant le mariage, l'on peut hésiter entre la communauté réduite aux acquêts et la communauté de meubles et acquêts car même dans ce dernier cas, la solution aurait été la même.

A ce propos, le jugement rendu par le tribunal de résidence de Kirundo est encore plus explicite puisqu'il se prononce aussi sur le sort des meubles acquis par la femme avant le mariage, qui lui restent propres, ce qui montre qu'il opte pour le régime de communauté réduite aux acquêts, à l'exclusion du régime de communauté de meubles et acquêts :

« Attendu que la maison conjugale est le résultat de l'activité commune des époux ;

Attendu que INA a apporté, dit-elle, la plupart du matériel d'équipement de la maison tel qu'énuméré dans le document remis au tribunal, et que le témoin l'affirme ainsi ;

Il revient à INA tout le matériel d'équipement qu'elle a apporté au jour du mariage ;

Les époux NI et INA ont les droits à égalité sur la maison conjugale ;

Le tribunal donnera à chacun des époux la moitié des chambres que comporte ladite maison et si la copropriété s'avère impossible, la maison sera vendue afin de leur partager équitablement le prix³⁴ ».

Mais malgré la prédominance des jugements et arrêts favorables aux régimes de communauté, cette jurisprudence est loin de faire l'unanimité. Certaines juridictions penchent plutôt pour le régime de séparation des biens.

³⁴ Tribunal de résidence de Kirundo, jugement RCF 201/06 du 23/7/2008, cité par I. KORICIZA, *Op. cit.*, p. 49

CHAPITRE 2. TENDANCE SEPARATISTE

Le régime de séparation est un régime matrimonial dans lequel chacun des époux conserve l'administration, la jouissance et la disposition de tous ses biens. Il n'y a lieu que de régler la contribution aux charges du ménage³⁵. Le mariage n'a aucune incidence sur les biens du conjoint : « *La philosophie est donc une séparation générale et totale des avoirs, des dettes et des gestions*³⁶ ».

Des arrêts et jugements des cours et des tribunaux burundais optent pour le régime de séparation. Il en est ainsi de cet arrêt de la Cour d'appel du Burundi rendu dans une affaire où l'épouse réclamait la copropriété d'un immeuble appartenant au mari.

« Attendu qu'en ce qui concerne le droit de copropriété des deux conjoints revendiquée par l'intimée dans sa demande originale, il y a lieu de le dire dénué de tout fondement ; qu'en effet, la femme n'est copropriétaire des biens immeubles de son mari que si elle a directement participé à leur investissement ; qu'en l'espèce, Madame N. ne prouve pas qu'elle ait participé d'une manière effective à la construction de la maison, notamment par l'apport de ses fonds propres »³⁷.

Ce jugement s'inscrit manifestement dans la logique d'un régime de séparation. En effet, dans un régime de communauté, une catégorie de biens tombe dans la masse commune sans que les époux doivent prouver qu'ils ont participé à leur acquisition.

³⁵ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité pratique de droit civil*, IV, Paris, L.G.D.J., n° 1062

³⁶ Ph. DE PAGE, *op.cit.*, p. 301

³⁷ Cour d'appel du Burundi, arrêt du 22 septembre 1964, RJRB, 1964, p.161

On peut dire la même chose du jugement de divorce rendu par le tribunal de province de Bujumbura en 1982 qui autorise la femme à emporter tous ses biens sans distinction.

« Le tribunal de province de Bujumbura reçoit l'action de NA telle qu'elle l'a introduite et la déclare partiellement fondée. NG peut emporter tous ses biens qu'elle avait apportés en mariage ou qu'elle a eus seule en donations de la part de sa famille ; elle peut aussi prendre les biens qu'elle a eus par son salaire³⁸ ».

Le juge opte manifestement pour le régime de séparation puisque les biens acquis avant le mariage, les biens acquis par donation et même les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage restent propres à l'épouse.

Il en est de même de ce jugement rendu par le tribunal de résidence de Musaga dans une affaire de divorce.

« Le tribunal de résidence de Musaga :

Dit que B.P. garde tous les biens qu'il avait avant de se marier, ceux qu'il a acquis dans la suite ainsi que la propriété foncière familiale ;

Dit que M.A. emporte ses trois vaches qu'elle avait apportées en mariage, ses effets personnels ainsi que les poules et chèvres qu'elle avait achetées dans la suite³⁹.

³⁸ Tribunal de province de Bujumbura, jugement RCF 172/82 du 16/06/1982, cité par I. KORICIZA, *Op.cit.*, p. 52

³⁹ Tribunal de résidence de Musaga, jugement RCF 121/93 du 7/7/1993, cité par S. Bukuru, *Op.cit.*, p. 26

Le jugement applique à l'affaire le régime de séparation des biens puisque chaque époux garde les biens qu'il avait avant le mariage et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à quelque titre que ce soit.

Dans un autre cas, le juge n'a fait que confirmer les vœux des époux qui s'estimaient mariés sous le régime de séparation des biens :

« Attendu que le tribunal a demandé aux époux NSA et NI comment ils veulent partager leurs biens et qu'ils se sont tous accordés qu'il n'y a aucun problème si chacun d'eux reprend les biens qu'il a acquis à titre personnel ;

Attendu qu'ils possèdent quatre parcelles et qu'ils se conviennent que chacun prendra deux parcelles inscrites en son nom⁴⁰ ».

Ces différents jugements et arrêts que nous venons de passer en revue démontrent à suffisance que les cours et tribunaux sont profondément divisés. Chacun en fait à sa tête. Il s'agit pourtant d'une matière qui concerne des questions vitales où l'incertitude est très préjudiciable aux différents intéressés. Dans ces conditions, l'intervention du législateur est plus qu'une nécessité.

CHAPITRE 3. NECESSITE D'UNE LOI POUR LEVER TOUTE EQUIVOQUE

Force est de constater que l'action des tribunaux accuse des limites qui ne permettent guère de trouver une solution satisfaisante en l'absence d'une loi (**Section 1**). Mais l'adoption d'une loi en cette matière ne présente pas les mêmes

⁴⁰ Tribunal de résidence de Rohero, jugement RCF 6126/99 du 10/12/2000, cité par I. Koriciza, *Op.cit.*, p.53

difficultés qu'en matière des successions. Des solutions qui ont fait leur preuve dans d'autres pays peuvent inspirer le législateur burundais, qui dispose de plusieurs options (**Section 2**).

Section 1. Limites de l'œuvre des cours et tribunaux

D'abord, dans notre système juridique, la jurisprudence est une source secondaire du droit qui ne peut être comparée à la loi. Sa principale limite est sa relativité. Par l'effet relatif des jugements, il faut entendre qu'un jugement n'a de valeur qu'entre parties : « *Il en résulte qu'aucun juge n'est lié par l'interprétation d'une règle adoptée par un autre juge dans une autre affaire. Le juge n'est même pas lié par l'interprétation qu'il a lui-même donnée d'une norme dans une autre affaire, même si la nouvelle affaire suppose l'application de la même règle que celle qui a été appliquée dans la première affaire*⁴¹ ».

D'un autre côté, l'on s'attendrait, malgré tout à ce que, dans la pratique, les juridictions inférieures tiennent compte, dans leurs décisions, de la jurisprudence des juridictions supérieures, ne fut-ce que pour éviter leur réformation ou leur cassation. Mais en réalité, cette jurisprudence n'est pas accessible car il n'y a pas de publication régulière. Le résultat en est que les juges, à tous les niveaux, semblent juger comme ils l'entendent, faute de référence jurisprudentielle ou autre.

Comme l'affirme I. Koriciza, « *La liquidation de la communauté conjugale est une question épineuse. La matière des régimes matrimoniaux n'est pas réglementée et le juge ne sait pas sur quel pied danser. Certes, le juge est tenu à*

⁴¹ P. DELNOY, *Eléments de méthodologie juridique*, 2^o éd., Bruxelles, Larcier, 2006, p.134
Revue Burundaise de Droit et Société

sa mission de rendre justice non obstant l'absence de la loi écrite régissant la matière des régimes matrimoniaux. Il recourt à la doctrine, celle-ci étant divergente, et à la coutume qui, elle aussi, est imprécise et consacre parfois des solutions contradictoires et injustes, ce qui entraîne, par voie de conséquence, la divergence des décisions des juges⁴² ».

Ensuite, la qualité de la rédaction laisse aussi à désirer et déçoit le chercheur qui trouve que les arrêts ne sont pas motivés sérieusement. Or, c'est la motivation qui permet de comprendre le bienfondé d'une décision judiciaire. Il en résulte une grande incertitude relativement à l'état de la jurisprudence qui ne permet pas de déceler une ligne directrice dans les arrêts rendus.

Ainsi donc, face aux limites que nous venons de relever relativement à l'action des juridictions et compte tenu de l'urgente nécessité de lever toute équivoque dans une matière d'une telle importance, il apparaît que le législateur n'a pas d'autre choix que de voter une loi sur les régimes matrimoniaux.

Cela est d'autant plus vrai qu'en réalité, le législateur ne se trouve pas confronté aux mêmes problèmes qu'en matière des successions où il se heurte à une coutume encore ancrée dans les mœurs qui exclut les femmes de la succession pour éviter le risque de voir des propriétés foncières passer d'une famille à l'autre⁴³. Des régimes matrimoniaux ont été prévus expressément pour éviter justement qu'une propriété familiale passe dans une autre famille. Nous proposons au lecteur une présentation critique de ces différentes options qui ont

⁴² I. KORICIZA, *Op.cit.*, p.34

⁴³ A. Ncutinagara, L'évolution des règles de droit successoral coutumier du Burundi et quelques aspects du droit successoral étranger : le cas de la succession ab intestat, *Revue juridique du Burundi*, 1980, n° 2, p. 149

fait leur preuve ailleurs et qui, comme nous l'avons vu, sont familières aux juridictions burundaises.

Section 2. Différentes options

Les différentes options qui s'offrent au législateur présentent des avantages et des inconvénients qu'il importe de connaître pour faire un choix judicieux. D'un côté, il y a le régime de séparation et, de l'autre côté, les différents régimes de communauté.

Le régime de séparation qui maintient les patrimoines des époux rigoureusement séparés semble être le plus simple. C'est pour cette raison, entre autres, qu'il était le régime matrimonial des sociétés traditionnelles africaines :

« Traditionnellement en Afrique, le régime matrimonial ne peut être que celui de la séparation des biens. Trois raisons peuvent être avancées en faveur de ce choix. La première, juridique, c'est qu'il a pour lui la simplicité (au moins apparente) et qu'il n'exige pas une réglementation détaillée, minutieuse. La deuxième, c'est que la famille conjugale ne forme pas une unité sociale et économique, il n'est donc pas nécessaire de recourir à un régime communautaire. La troisième et dernière raison concerne la polygamie ; elle est inconciliable avec un régime de communauté des biens⁴⁴ ».

Mais ce régime est critiqué de nos jours, essentiellement parce qu'il peut être injuste à l'égard de l'époux qui n'a pas de revenus personnels⁴⁵. C'est le plus

⁴⁴ S. GUINCHARD, *Op.cit.*, p. 85

⁴⁵ Ph. DE PAGE, *op.cit.*, p. 301

souvent le cas de la femme au foyer qui consacre le plus clair de son temps aux travaux ménagers.

Par ailleurs, le fonctionnement normal du régime exige que les époux tiennent une comptabilité précise des différentes opérations relativement à leurs biens et revenus, ce qui est rarement le cas, d'où le risque de confusion des biens des époux : « *Les exigences de la vie commune, et parfois la volonté délibérée des époux, sont à l'origine de certaines confusions des biens des époux. L'époux risque tantôt de voir ses biens saisis par le créancier de son conjoint, plus simplement de ne plus pouvoir, soit en disposer sans l'accord de son conjoint, soit le reprendre à la dissolution du régime* ⁴⁶ ».

Le régime conventionnel de séparation des biens reste cependant indiqué pour certaines activités professionnelles indépendantes qui présentent un risque pour le patrimoine comme par exemple l'activité commerciale⁴⁷.

Face à ces inconvénients, le régime de séparation des biens tend à être abandonné en tant que régime légal au profit des régimes de communauté.

A ce propos, le régime de communauté présente l'avantage de concrétiser, sur le plan patrimonial, la communauté de vie qu'implique l'union conjugale. La masse commune à la constitution de laquelle les deux époux vont coopérer est affectée prioritairement aux besoins du ménage. Le régime de communauté assure forfaitairement mais efficacement la subsistance de l'époux survivant à qui revient la moitié de cette masse et qui peut même se voir attribué conventionnellement une plus grande part. En plus, l'idée d'association quant aux biens est renforcée

⁴⁶ L. RAUCENT, *Op.cit.*, p. 423

⁴⁷ M. GRIMALDI, *Op.cit.*, p. 279

par les techniques contemporaines qui font participer effectivement les deux époux à la gestion de la masse commune. Enfin, l'existence de la présomption de communauté permet de résoudre les problèmes de la propriété des biens et de faciliter les opérations à la dissolution du régime⁴⁸.

Dans ce cadre, plusieurs options s'offrent au législateur qui a le choix entre la communauté universelle, la communauté de meubles et acquêts et la communauté réduite aux acquêts.

Le régime de la communauté universelle a le mérite de la simplicité et de l'équité. Dans ce régime, il n'y a, en principe qu'une seule masse qui comprend l'actif et le passif des époux. Il réalise ainsi l'égalité totale des époux sur le plan patrimonial. Mais ce régime présente des inconvénients car il réduit considérablement l'autonomie des époux : *« La communauté universelle en augmentant l'égalité réelle entre les époux augmente aussi leur dépendance mutuelle. Le souhait d'une certaine indépendance entre les époux peut expliquer le refus d'une plus grande égalité entre eux. C'est le refus d'avoir deux capitaines sur un même navire, de n'avoir qu'un seul passif : celui engagé par chacun des époux ; de n'avoir qu'une seule gestion et deux gestionnaires égaux. »*⁴⁹

La communauté universelle est le régime légal dans la proposition de loi sur les successions, les libéralités et les régimes matrimoniaux déposée en 2004 au bureau de l'Assemblée nationale du Burundi⁵⁰ et au Rwanda⁵¹.

⁴⁸ J. RENAULD, *DROIT patrimonial de la famille*, T. 1, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 204

⁴⁹ L. RAUCENT, *OP.cit.*, p. 122

⁵⁰ « A défaut de stipulations particulières des futurs époux, le régime de droit commun est celui de la communauté universelle » (art. 275 du CPF.).

⁵¹ « A défaut de stipulation matrimoniale, les époux sont de plein droit placés sous le régime de la Communauté universelle » Loi n° 22/99 du 12 novembre 1999 relative aux régimes matrimoniaux, libéralités et successions, art. 3, in *J.O.* n° 22 du 15 novembre 1999, p. 34

Quant au régime de communauté de meubles et acquêts, il était le régime légal du Code Napoléon⁵². Il s'explique par le souci de conserver dans la famille d'origine de chacun des époux le patrimoine immobilier provenant de l'une ou de l'autre famille. Mais la distinction entre meubles et immeubles qu'il opère en maintenant dans la communauté tous les biens meubles alors que seuls tombent en communauté les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage, n'est plus pertinente à l'heure actuelle. Elle repose sur l'idée selon laquelle les biens meubles seraient des biens de peu de valeur et les biens immeubles des biens de grande valeur comme le disaient déjà les Romains : *res mobilis, res vilis, res immobilis, res nobilis*⁵³. Cela n'est plus le cas aujourd'hui où des fortunes mobilières peuvent être plus considérables que des fortunes immobilières : « *Il n'était dès lors plus logique, ni équitable que les meubles, sans distinction, entrassent dans la communauté, à la différence des immeubles* »⁵⁴. J. FLOUR donne un exemple chiffré qui illustre cette injustice flagrante : « *L'un des époux hérite d'une fortune immobilière d'un million : ce sont pour lui des biens propres. Son conjoint hérite d'une fortune mobilière du même montant, ce sont des biens communs... Cela suffit à condamner le régime*⁵⁵ ».

C'est ce qui explique que ce régime a été abandonné au profit du régime de communauté réduite aux acquêts.

De fait, parmi les régimes de communauté, le régime de communauté réduite aux acquêts représente un compromis satisfaisant entre le besoin de traduire sur le plan patrimonial la solidarité qu'implique le lien conjugal et celui de sauvegarder les biens de famille en évitant la confusion des patrimoines familiaux. En effet,

⁵² A. COLOMER, 1992, p. 11

⁵³ Les biens meubles sont des biens vils, les biens immeubles sont des biens nobles.

⁵⁴ A. COLOMER, *op.cit.*, 1992, p.16

⁵⁵ J. FLOUR, *Op.cit.*, p. 11

dans ce régime, seuls tombent en communauté, les biens acquis par les époux à titre onéreux pendant le mariage, à l'exclusion des biens acquis par donation ou succession.

La communauté réduite aux acquêts est préférée par la plupart des législations occidentales contemporaines comme régime légal ou de droit commun applicable aux époux qui n'ont pas pris soin de régler leur statut patrimonial par un contrat de mariage. Elle est ainsi le régime légal en France : « *Le législateur est resté fidèle à un régime communautaire. Mais c'est la communauté réduite aux acquêts qui triomphe*⁵⁶ ». Il en est de même en Belgique (art. 1398 et s., c.civ.). Enfin, d'après une étude récente, la communauté réduite aux acquêts semble avoir les faveurs des Burundais : « *Les résultats des enquêtes menées actuellement montrent une convergence vers l'opinion selon laquelle les biens acquis avant le mariage devraient rester propres à chaque époux, tandis que ceux acquis pendant le mariage devraient être communs aux deux époux*⁵⁷ ».

CONCLUSION GENERALE

Le Burundi ne s'est pas encore doté d'une loi sur les régimes matrimoniaux et cela crée un vide difficile à combler. Certes, même en l'absence de pareille loi, des dispositions importantes qui relèvent de la matière des régimes matrimoniaux se trouvent dans le Code des personnes et de la famille. Ce sont des dispositions essentielles pour la bonne marche du ménage et qui, de ce fait, se rattachent au mariage auquel elles empruntent le caractère d'ordre public. Elles concernent dans

⁵⁶ A. COLOMER, *Op.cit.*, p. 21

⁵⁷ CENTRE DE PAIX POUR LES FEMMES. *Projet de vulgarisation, de dialogue et renforcement des capacités d'action juridique des femmes en matière des droits de la femme, Rapport d'impact*, Bujumbura, 2001, p. 56, cité par S. BUKURU, *Op.cit.*, p. 17

les grandes lignes la contribution aux charges du ménage. Il s'agit du régime matrimonial primaire.

Mais à côté de ce régime de base, dont les dispositions échappent à la volonté des parties, parce qu'elles sont jugées essentielles à la bonne marche de la famille, il y a d'autres domaines où le législateur laisse la liberté aux époux pour aménager un régime qui correspond le mieux à leurs intérêts. Dans ce cas, le rôle de la loi est supplétif de la volonté des époux. Cela signifie que la loi ne réglera ces questions que si les époux ne l'ont pas fait eux-mêmes. Concrètement la loi organise un certain nombre de régimes entre lesquelles les époux peuvent opérer leur choix. Ils ont même la possibilité d'introduire des modifications selon leurs propres convenances. Pour les époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage, la loi prévoit un régime légal parmi les régimes réglementés que l'on appelle régime matrimonial de droit commun.

Le problème se pose alors de savoir quel est le régime de droit commun au Burundi en l'absence de législation en la matière. Nous avons vu qu'il règne une grande incertitude au niveau de la jurisprudence des cours et tribunaux. Le résultat en est que les époux ne peuvent pas savoir avec certitude sous quel régime matrimonial les cours et tribunaux décideront qu'ils sont mariés, lorsqu'ils n'ont pas conclu un contrat de mariage.

Dans ces conditions, la meilleure solution est de voter une loi sur les régimes matrimoniaux. Il ne s'agit pas d'une entreprise compliquée, dans la mesure où le législateur ne se trouve pas confronté au même problème qu'en matière des successions. Dans ce dernier cas, il se heurte à la résistance d'une mentalité encore attachée au privilège de masculinité qui considère que la succession doit

revenir aux héritiers mâles à l'exclusion des filles. L'on craint en effet que par ce biais, les biens d'une famille ne passent à l'autre famille, en l'occurrence celle de son mari.

Mais le droit des régimes matrimoniaux a prévu des formules qui évitent ce genre de problèmes. En fonction de son projet de société, le législateur a le choix entre plusieurs options qui ont fait leur preuve dans d'autres pays, en l'occurrence le régime de séparation et les régimes de communauté.

BIBLIOGRAPHIE

I. Doctrine

1. COLOMER (A.), *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, 5^{ème} éd., Paris, Litec, 1992
2. CORNU (G.), *Les régimes matrimoniaux*, 6^{ème} éd, Paris, P.U.F.,1992
3. DELNOY (P.), *Eléments de méthodologie juridique*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2006
4. DE PAGE (Ph.), *Le régime matrimonial*, 2^{ème} éd, Bruxelles, Bruylant, 2008
5. FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.), *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2001
6. GRIMALDI (M.), *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, 2001 / 2002
7. GUINCHARD (S.), *Droit patrimonial de la famille au Sénégal*, Paris, L.G.D.J., 1980

8. KORICIZA (I.), *Le régime matrimonial de droit commun au Burundi : état de la jurisprudence*, mémoire, Université du Burundi, Faculté de droit, Bujumbura, 2012,
9. LUCET (F.) et VAREILLE (B.), *Droit civil. Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1982
10. MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les régimes matrimoniaux*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1986
11. NCUTINAMAGARA (A.), L'évolution des règles de droit successoral coutumier du Burundi et quelques aspects du droit successoral étranger : le cas de la succession ab intestat, *Revue juridique du Burundi*, 1980, n° 2
12. PATARIN (J.) et ZAJTEY (I.), *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, Paris, A. Pédone, 1974
13. RAUCENT (L.), *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1978
14. RENAULD (J.), *Droit patrimonial de la famille*, T.1, Bruxelles, Larcier, 1971
15. RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité pratique de droit civil*, Tome IV, *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Paris, L.G.D.J., 1959

II. Jurisprudence

1. Cour suprême du Burundi, Chambre de cassation, arrêt RCC 5023 du 15 janvier 1987
2. Cour administrative de Bujumbura, arrêt RCA 34 du 24/4/1987

3. Tribunal de province de Bujumbura, jugement RC 172/82 du 16/6/1982
4. Tribunal de première instance du Burundi, 17 avril 1963, RJRB, 1963, p. 107
5. Tribunal de première instance du Burundi, 17 avril 1963, RJRB, 1963, p. 107
6. Tribunal de grande instance de Kirundo, jugement RCA 3968 du 24/12/2009
7. Tribunal de Grande Instance de Kirundo, jugement RCA 3980 du 29/3/2010
8. Tribunal de résidence de Kirundo, jugement RCF 201/6 du 23/7/2008
9. Tribunal de résidence de Kirundo, jugement RCF 1407/07 du 1/10/2008
10. Tribunal de résidence de Rohero, jugement R.C.F.288 /2000 du 5/5/2001
11. Tribunal de résidence de Rohero, jugement RCF 6126 du 10/12/2000
12. Tribunal de résidence de Musaga, jugement RCF 121/93 du 7 juillet 1993

II. JURISPRUDENCE

LES ARRETS RAP 34, RAP 35 et RAP 36 : UNE EXECUTION QUI TOURNE EN CRISE INSTITUTIONNELLE

Violation de la loi – détournement de pouvoir – méconnaissance de la chose jugée –
caprice du prince – atteinte à l'indépendance du juge

Par Michel MASABO

Professeur de Droit administratif à la Faculté de Droit de l'Université du Burundi

INTRODUCTION

La crise à la tête du parti UPRONA a attiré l'attention de la presse tant écrite que parlée. Le public a pu connaître les circonstances pittoresques dans lesquelles dame Concilie NIBIGIRA a évincé le député Charles NDITIJE et a été installée comme représentante légale du parti UPRONA. Ainsi prenait fin la crise.

Ce qu'on peut appeler « le dénouement » de la crise a été une conséquence directe de sa solution juridictionnelle. Par les ordonnances n°113/2014/J.E/RCC 22145, n°114/2014/J.E/RCC 22146 et n°115/2014/J.E/RCC 22147 du 27 janvier 2014, le président de la Cour Suprême donnait acte aux conclusions des parties en conflit qui avaient décidé l'une et l'autre de renoncer à leurs prétentions.

La conséquence du donné d'acte du président de la Cour Suprême est que les conclusions du 4^{ème} congrès ordinaire du parti UPRONA restaient valides. La direction du parti UPRONA restait dans les mains du député Charles NDITIJE.

Pour paralyser la solution juridictionnelle, le ministre de l'Intérieur a annulé sa décision de prise d'acte contenu dans la lettre n°530/1402/CAB/2012 adressée au

député Charles NDITIJE, président du parti UPRONA. En clair, le ministre de l'Intérieur constatait que sieur Charles NDITIJE ne remplissait plus les conditions requises pour diriger le parti UPRONA et invitait le précédent président, Bonaventure NIYOYANKANA à reprendre la tête du parti UPRONA. Celui-ci ayant décliné la proposition, c'est dame Concilie NIBIGIRA, son ex vice-présidente, qui a pris la direction du parti UPRONA avec tous les appuis nécessaires du ministre de l'Intérieur.

La décision d'annulation de prise d'acte du ministre de l'Intérieur a permis de mettre à jour les réalités administratives actuelles. Elle a entraîné une crise institutionnelle et compromis la consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit au Burundi.

Après avoir rappelé les motifs des arrêts RAP 34, RAP 35 et RAP 36 ainsi que les circonstances dans lesquelles ils ont été rendus, nous formulerons des observations autour des solutions apportées à la crise à la tête du parti UPRONA.

Une conclusion clôturera l'étude.

I. LES ARRETS RAP 34, RAP 35 et RAP 36

Nous avons repris les principaux motifs et le dispositif.

1. L'arrêt RAP 34

(Chambre administrative, Cour Suprême, 11/09/2012)

Attendu qu'il a été jugé dans le RAP 36 que les congrès provinciaux tenus en février 2012 sont nuls et de nuls effets ;

Que tous actes posés par les comités provinciaux issus de ces congrès irréguliers doivent être déclarés nuls et de nuls effets ;

Que les congrès communaux qui ont été organisés par ces congrès provinciaux déclarés irréguliers doivent être frappés de nullité ;

... Ordonne l'annulation immédiate des congrès communaux tenus au mois de mai 2012.

2. L'arrêt RAP 35

(Chambre administrative, Cour Suprême, 11/09/2012)

Attendu que ... les articles 46, 47 et 48 des statuts du parti définissent l'organe compétent pour constater les différents manquements des Badasigana et les sanctions à appliquer ;

Attendu qu'à la lumière des dispositions de ces trois articles, il est clair que le Président du parti, quoique représentant légal, ne pouvait en aucun cas prendre une quelconque sanction à l'endroit des requérants ;

Attendu en outre que l'article 2 du règlement d'ordre intérieur du bureau exécutif du comité central du parti ne donne aucun pouvoir au président du parti en matière disciplinaire ;

Qu'en effet l'article 1 de ce règlement dit : « Le Bureau Exécutif du comité central est chargé de veiller à la marche quotidienne du parti ;

Que l'article 2 du même règlement précise : « A cet effet, entre deux sessions du comité central, le bureau exécutif décide et prend toutes mesures nécessaires à la bonne marche du comité central. Pour des questions qui relèvent normalement de la compétence du comité central, il décide et fait ensuite un rapport à la réunion suivante du comité central. »

Qu'il devait plutôt inviter le comité central du parti pour procéder d'urgence à la mise en place de cet organe à qui il pouvait soumettre le cas ;

Attendu donc qu'il sied à la Cour d'annuler ces décisions qui ont porté sur la suspension de certains membres des organes dirigeants du parti et des commissions ;

Attendu ensuite que toutes les décisions relatives à la modification de la composition du bureau exécutif du comité central doivent être annulées ;

Que tous les membres des organes dirigeants et les présidents des commissions irrégulièrement suspendus ou remplacés doivent être réhabilités sans délais dans leurs fonctions au sein du parti UPRONA ;

...Décide que toutes les décisions de suspension de certains membres des organes dirigeants et des présidents des commissions, et de modification de la composition du Bureau exécutif du comité central sont annulées.

Ordonne leur réhabilitation immédiate dans leurs fonctions au sein du parti.

3. L'arrêt RAP 36

(Chambre administrative, Cour Suprême, 11/09/2012)

Attendu que ce dossier doit s'analyser parallèlement avec le RAP 35 ;

Attendu que les requérants demandent dans la présente cause, l'annulation des congrès provinciaux en se basant sur l'article 26 des statuts du parti UPRONA ;

Attendu que cet article est libellé comme suit : « Le Congrès provincial peut être ordinaire ou extraordinaire. Il est convoqué par le comité central du parti qui en fixe l'ordre du jour. Le calendrier des congrès provinciaux ordinaires est prévu par le règlement intérieur du comité central du parti. »

Attendu qu'à la lumière de cette disposition, le comité central est le seul organe habilité à convoquer régulièrement les congrès provinciaux ;

Attendu que les requérants soutiennent qu'aucune réunion du comité central ne s'est tenue à cette fin ;

Attendu que la partie adverse affirme que la décision de convoquer les congrès provinciaux a été prise lors de la réunion du comité central du 30/03/2011 pendant

que la partie requérante soutient qu'elle n'a pas eu lieu suite à une mésentente qui a dégénéré alors qu'elle allait commencer ;

Attendu qu'il a été jugé dans l'arrêt RAP 35 que les membres des organes dirigeants du parti qui ont été remplacés l'ont été en violation des statuts et du règlement intérieur du parti UPRONA ;

Que si, une quelconque décision a été prise après le remplacement de ces membres irrégulièrement suspendus et remplacés, elle serait nulle et de nul effet parce que prise par un organe irrégulier ;

... Déclare nuls les congrès provinciaux du parti UPRONA tenus au mois de février 2012.

Pour éclairer les développements ultérieurs, il convient aussi de présenter les faits entièrement.

II. LES FAITS

Nous indiquerons d'abord en quelles circonstances les arrêts RAP 34, RAP 35 et RAP 36 ont été rendus. Ces arrêts ont été suivis par des ordonnances portant sursis à exécution et des ordonnances portant non lieu à statuer. Nous nous intéresserons également aux suites de ces ordonnances.

2.1. Les arrêts d'annulation RAP 34, RAP 35 et RAP 36

A la suite des mésententes survenues à la tête du parti UPRONA, le président du parti a décidé de suspendre et de remplacer certains membres du Bureau du Comité Exécutif du Comité central ainsi que des présidents des commissions.

Par la suite, des congrès provinciaux ont été organisés au mois de février 2012. Au mois de mai 2012, des congrès communaux ont été tenus à travers tout le pays.

Les membres du parti UPRONA suspendus des organes dirigeants ont attaqué en annulation la décision de leur suspension et de leur remplacement. Leur requête a été reçue au registre du rôle des affaires politiques sous le n° RAP 35. Ils ont aussi attaqué en annulation les congrès provinciaux. La cause a été enregistrée au rôle des affaires politiques sous le n° RAP 36. Les mêmes requérants ont introduit une action en annulation des congrès communaux. La cause a été inscrite au rôle des affaires politiques sous le n° RAP. 34.

A l'audience publique du 11/09/2012, la Chambre administrative de la Cour Suprême a décidé que toutes les décisions de suspension de certains membres des

organes dirigeants et des présidents de commissions ainsi que de modification de la composition du Bureau exécutif du Comité central étaient annulées et a ordonné leur réhabilitation immédiate dans leurs fonctions au sein du parti (arrêt RAP 35) ; a déclaré nuls les congrès provinciaux du parti UPRONA tenus au mois de février 2012 (arrêt RAP 36) ; a ordonné l'annulation immédiate des congrès communaux tenus au mois de mai 2012 (arrêt RAP 34).

Par ces arrêts, la Chambre administrative de la Cour Suprême rétablissait la légalité des organes élus par les congrès du parti UPRONA tenus au niveau national, provincial et communal en 2009.

Le parti UPRONA, présidé par le député Bonaventure NIYOYANKANA a introduit un pourvoi en cassation contre ces arrêts et une requête en sursis à exécution.

2.2. Les ordonnances de sursis à exécution des arrêts RAP 34, RAP 35, RAP 36

Le 14 septembre 2012, le président et représentant légal du parti UPRONA, agissant par son avocat, s'est pourvu en cassation contre les arrêts RAP 34, RAP 35 et RAP 36 et a introduit une requête en sursis à exécution des mêmes arrêts. Le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt RAP 34 a été enregistré sous le RCC 22145, le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt RAP 35 sous le RCC 22146 et le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt RAP 36 sous le RCC 22147.

Le 12 octobre 2012, le président de la Cour Suprême a rendu trois ordonnances :

- l'ordonnance n°0004/2012/J.E/RAP 34 portant sursis à exécution de l'arrêt RAP 34 rendu par la Chambre administrative de la Cour Suprême en date du 12 septembre 2012 ;
- l'ordonnance n°0005/2012/J.E/RAP 35 portant sursis à exécution de l'arrêt RAP 35 rendu par la Chambre administrative de la Cour Suprême en date du 12 septembre 2012 ;
- l'ordonnance n°0006/2012/J.E/RAP 36 portant sursis à exécution de l'arrêt RAP 36 rendu par la Chambre administrative de la Cour Suprême en date du 12 septembre 2012.

2.3. Les ordonnances de non lieu à statuer

2.3.1. Les décisions

Poursuivant l'instruction de la cause, la Cour Suprême et de Cassation l'a fixée à l'audience publique du 24.01.2014. A l'appel de la cause, le demandeur en cassation a déposé son désistement au pourvoi en cassation et une requête d'ordonnance de non lieu à statuer dans les affaires RCC 22145, RCC 22146 et RCC 22147. A la même audience, le défendeur en cassation a demandé à la Cour de prendre acte du fait qu'elle renonce à son tour à l'exécution des arrêts dont pourvoi.

Le 24 janvier 2014, le président de la Cour Suprême a signé trois ordonnances de non lieu à statuer :

- l'ordonnance n°113/2014/J.E/RCC 22145 portant non lieu à statuer dans l'affaire RCC 22145 ;

- l'ordonnance n°114/2014/J.E/RCC 22146 portant non lieu à statuer dans l'affaire RCC 22146 ;
- l'ordonnance n°115/2014/J.E/RCC 22147 portant non lieu à statuer dans l'affaire RCC 2147.

Ces trois ordonnances confirment les arrêts RAP 34, RAP 35 et RAP 36.

2.3.2. Les suites des ordonnances de non lieu à statuer

Le 29 janvier 2014, soit deux jours après les ordonnances de non lieu à statuer, le ministre de l'Intérieur adressait une lettre au président du parti UPRONA, Charles NDITIJE, lui signifiant qu'il annulait la prise d'acte du 12/10/2012 le reconnaissant comme président du parti UPRONA.

Le 31 janvier 2014, le Premier Vice-président de la République annule la lettre n°530/127/CAB/2014 du ministre de l'Intérieur portant annulation de prise d'acte.

Par décret n°100/25 du 1^{er} février 2014, le Premier Vice-président de la République est démis de ses fonctions. Par la suite, trois membres du gouvernement issus du parti UPRONA démissionnent de leurs fonctions.

Le 06 février 2014, le député Bonaventure NIYOYANKANA écrit au ministre de l'Intérieur qu'il prend acte qu'il n'est plus président du parti UPRONA parce que la loi ne le lui permet pas.

Le 10 février 2014, dame Concilie NIBIGIRA, ancienne vice-présidente du parti UPRONA lors du mandat NIYOYANKANA, adresse une lettre au ministre de

l'Intérieur, lui demandant de la reconnaître comme représentante légale du parti UPRONA. Le lendemain 11 février 2014, le ministre de l'Intérieur accédait à sa requête.

Installée à la tête du parti UPRONA par le ministre de l'Intérieur, dame Concilie NIBIGIRA s'est empressée de proposer des candidats au poste de Premier Vice-président de la République et au gouvernement. Elle a entrepris de purger l'administration de tous militants du parti UPRONA qui seraient encore d'obédience NDITIJE. Elle a organisé des « états généraux » du parti UPRONA.

III. OBSERVATIONS

Après avoir rappelé les termes dans lesquels le problème se posait, nous montrerons les réalités administratives que sa solution a mises à jour ainsi que ses conséquences.

3.1. Le problème

Le problème qui se posait était un problème de légalité : légalité des décisions de suspension de certains membres des organes dirigeants, de modification de la composition du bureau exécutif et de destitution de la moitié des présidents des commissions ; légalité des congrès communaux tenus en mai 2012 ; légalité des congrès provinciaux tenus en février 2012.

Le problème de légalité avait un problème connexe, celui de la direction du parti UPRONA. Le problème posé était donc un problème juridique.

3.2. Les solutions du problème

Seront analysées successivement la solution juridictionnelle et la solution administrative.

3.2.1. La solution juridictionnelle

Deux catégories de décisions sont juridiquement intéressantes : les arrêts d'annulation et les ordonnances de non lieu à statuer.

1° Les arrêts d'annulation

Par les arrêts RAP 34, RAP 35 et RAP 36, la Chambre Administrative de la Cour Suprême rétablissait la légalité des organes élus par les congrès du parti UPRONA le 2 août 2009. La direction du parti UPRONA revenait au député Charles NDITIJE. Par la lettre n°530/1402/CAB/2012 du 12/10/2012, le ministre de l'Intérieur avait pris acte des conclusions du quatrième congrès du parti UPRONA.

2° Les ordonnances de non lieu à statuer

Par les ordonnances n°113/2014/J.E/22145, n° 114/2014/J.E RCC 22146 et n°115/2014/J.E/RCC 22147, le président de la Cour Suprême donnait acte aux conclusions des parties. Le demandeur renonce à ses prétentions ou à la procédure qu'il a engagée, la partie adverse donne son consentement.

La conséquence du donné d'acte du Président de la Cour Suprême est que les conclusions du quatrième congrès ordinaire du parti UPRONA restent valides. La direction du parti UPRONA reste dans les mains du député Charles NDITIJE.

Cette solution juridictionnelle n'a pas rencontré l'assentiment de l'administration en charge des partis politiques. Elle a décidé de l'ignorer et d'emprunter une autre voie.

3.2.2. La solution de l'administration

La décision d'annulation de prise d'acte et celles qui l'ont suivi appartiennent à la sphère de l'illégalité sous plusieurs aspects. Par ailleurs, elles ont révélé certaines réalités administratives et entraîné des conséquences graves dans la gestion de la chose publique et le processus démocratique.

1° Les différentes décisions

•- La décision d'annulation de prise d'acte

Elle est critiquable à plusieurs égards.

- Un cas de détournement de pouvoir

La décision d'annulation de prise d'acte du ministre de l'Intérieur s'analyse en un détournement de pouvoir. Il y a détournement de pouvoir lorsqu'une autorité administrative accomplit un acte de sa compétence, en vue d'un but autre que celui pour lequel l'acte pouvait être légalement pris¹.

¹ A. S. MESCHERIAKOFF, *Le droit administratif ivoirien*, Paris, Economica, 1982, p. 189
Revue Burundaise de Droit et Société

L'article 10, al. 2 de la loi n°1/16 du 10 septembre 2011 portant révision de la loi n°1/006 du 26 juin 2003 portant organisation et fonctionnement des partis politiques dispose que « ... le Ministre ayant l'Intérieur dans ses attributions est tenu de vérifier le respect de l'application des statuts et du règlement intérieur des partis politiques ».

C'est sur base de ces dispositions et de « son souci de faire respecter les décisions judiciaires » que le ministre annule sa décision de prise d'acte.

Ce qui a été présenté comme le contrôle de la légalité a été utilisé pour écarter les organes d'un parti et installer d'autres alors que les statuts du parti UPRONA règlent eux-mêmes le problème de représentation légale. Le Comité Central est l'organe supérieur de direction du parti UPRONA entre deux congrès nationaux. Il a les pouvoirs les plus étendus pour le bon fonctionnement du parti »². S'il fallait faire respecter les décisions judiciaires, il fallait laisser le Comité Central de 2009 pourvoir au remplacement des dirigeants du parti.

- Un comportement contraire au respect dû à l'autorité de la chose jugée

La décision de donné d'acte d'un désistement a valeur d'un véritable jugement, disposant de l'autorité de la chose jugée et contre lequel les voies de recours sont ouvertes. L'article 149 de la loi n°1/010 de la loi portant Code de procédure civile dispose que « Le jugement qui statue sur tout ou partie du principal, sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou tout autre incident, a l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il touche ».

² Article 33, *Statuts du parti UPRONA*

Estimant que la décision de donné d'acte était critiquable, l'administration devait l'attaquer ; étant elle-même soumise au droit. Au lieu de cela, elle a pris des mesures directement contraires à la chose jugée³.

- Une décision qui relève du « caprice du prince »

Le 12/10/2012, le ministre de l'Intérieur prenait acte des conclusions des Congrès du parti UPRONA tenus en 2009 au niveau national, provincial et communal.

Cette décision n'est pas tombée du ciel. Elle est intervenue au lendemain du prononcé des arrêts RAP 34, RAP 35 et RAP 36 du 11 septembre 2012 par lesquels le juge annulait les actes issus de ces congrès. Comme cette illégalité servait encore les intérêts de l'administration, celle-ci a décidé de la couvrir. Mais c'est au mépris de l'autorité de la chose jugée.

Deux ans plus tard, soit le 29/01/2014, avec une désinvolture effarante, toujours au mépris de l'autorité de la chose jugée, l'administration constate cette illégalité et en tire les conséquences nécessaires. Il y a lieu de redouter l'arbitraire de la part de cette administration.

- Une atteinte à l'indépendance du juge

On a connu des époques où des autorités administratives s'adressaient à elles-mêmes des lettres de demande de terres domaniales et s'empressaient d'y répondre favorablement.

³ R. CHAPUS, *Droit administratif*, 8^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 988
Revue Burundaise de Droit et Société

Dans le cas d'espèce, le Président de la Cour Suprême prend une ordonnance de non lieu à statuer et le porte-parole de la Cour tient à indiquer à l'administration dans quel sens il faut exécuter la décision juridictionnelle.

Il y a plus grave encore. Le porte-parole de la Cour Suprême informe le public que la cour n'a pas statué sur la renonciation à l'exécution des arrêts, qu'elle a statué uniquement sur le désistement au pourvoi en cassation⁴. La cour ne pouvait pas statuer sur une partie des conclusions sans violer l'article 142 de la loi n°1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile qui dispose que « Sous peine de réformation en appel ou en cassation, le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement ce qui est demandé ».

La sortie médiatique du porte-parole de la Cour Suprême a l'odeur d'un arrangement entre la Cour et l'Administration en charge des partis.

•- Les autres décisions d'exécution

- L'installation de dame Concilie NIBIGIRA à la tête du parti UPRONA : une violation directe de la loi

Les textes de base sont la Constitution de la République du Burundi, la loi n°1/16 du 16 septembre 2011 portant révision de la loi n°1/006 du 26 juin 2003 portant organisation et fonctionnement des partis politiques et les statuts du parti UPRONA.

⁴ Point de presse du porte-parole de la Cour Suprême, s.d.

L'article 80 de la Constitution de la République du Burundi dispose que « La loi garantit la non-ingérence des pouvoirs publics dans le fonctionnement interne des partis politiques, sauf pour ce qui est des restrictions nécessaires à la prévention de la haine ethnique, politique, régionale, religieuse ou du genre et au maintien de l'ordre public ».

L'article 10, alinéa 1 de la loi n°1/16 du 10 septembre 2011 portant révision de la loi n°1/006 du 26 juin 2003 portant organisation et fonctionnement des partis politiques dispose : « La loi garantit la non-ingérence des pouvoirs publics dans le fonctionnement interne des partis politiques, sauf pour ce qui est des restrictions nécessaires à la prévention de la haine basée notamment sur l'appartenance ethnique, la région ou la religion ainsi qu'au maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs ».

L'article 34 des Statuts du parti UPRONA dispose que « le président du Parti et son adjoint sont élus au vote secret ».

L'article 33 dispose que : « Le Comité Central est l'organe de direction entre deux Congrès... ».

A supposer que l'UPRONA n'avait pas de représentation, l'article 33 des Statuts du parti règle la question puisqu'il est prévu que le Comité Central dirige le parti en attendant la tenue des congrès.

Aucune base légale, en dehors de l'immixtion dans les affaires internes d'un parti, ne permettait au ministre de l'Intérieur d'installer dame Concilie NIBIGIRA à la tête du parti UPRONA.

- La prise d'acte des décisions prises par les Etats Généraux du parti UPRONA : un acte d'agrément d'un autre parti

Le 27 juillet 2014, dame Concilie NIBIGIRA a organisé des « Etats généraux » du parti UPRONA à l'issue desquels des décisions illégales ont été prises.

Dans la structure du parti UPRONA prévue par ses statuts du parti, il n'y a pas d'organe appelé « Etats généraux ». Les décisions prises lors de ces assises étaient du ressort du Comité Central du parti UPRONA.

L'article 21 de la loi sur les partis politiques prévoit qu'« avant leur fonctionnement, les partis politiques doivent être préalablement agréés par l'autorité compétente ».

Sur base des éléments ci-dessus, le parti que dirige dame Concilie NIBIGIRA n'est pas le parti UPRONA mais un nouveau parti agréé en violation de la loi sur les partis politiques puisqu'« aucun parti politique ne peut se doter de nom, de sigle ou autres signes identiques ou apparentés à ceux d'un autre parti »⁵. Juridiquement, dame Concilie NIBIGIRA est présidente d'un parti sans statut, mais elle n'est pas présidente du parti UPRONA, notamment parce que le fonctionnement de son parti ne respecte pas les statuts du parti UPRONA agréé.

Quelle que soit la valeur juridique de la décision d'annulation de prise d'acte, elle a révélé les véritables réalités administratives et a entraîné des conséquences graves dans la gestion de l'Etat et la consolidation de la démocratie au Burundi.

⁵ Art. 27, Loi n°1/16 du 10 septembre 2011 portant révision de la loi n°1/006 du 26 juin 2003 portant organisation et fonctionnement des partis politiques.

2° Réalités administratives révélées par les décisions administratives et leurs conséquences

•- Réalités administratives

La destitution du Premier Vice-président montre la fragilité et même l'inutilité du poste. Les instructions émanant de la Présidence et données au ministre de l'Intérieur montrent que celui-ci exécute des décisions prises ailleurs.

- La fragilité du poste de Vice-président

Ayant osé touché à l'acte d'annulation de prise d'acte, le Premier Vice-président issu du parti UPRONA a été démis immédiatement de ses fonctions à renfort de considérants. Pourtant, l'article 122, al. 2 de la Constitution de la République du Burundi dispose que « Le Premier Vice-président assure la coordination du domaine politique et administratif ».

Cette destitution est conforme à l'article 123, al. 2 de la Constitution de la République du Burundi qui dispose : « Ils peuvent être démis de leurs fonctions par le Président de la République ». Alors que la Constitution pose des conditions de nomination⁶, aucune condition n'est posée pour leur renvoi⁷. Autant dire que la Constitution permet au Président de la République de mettre fin aux fonctions des Vice-présidents à tout moment.

⁶ Articles 123, al. 1 et art. 124, *Constitution de la République du Burundi*

⁷ Article 123, al. 2, *Constitution de la République du Burundi*

- L'inutilité du poste de Vice-président

L'article 122, al. 1 de la Constitution de la République du Burundi dispose que « Dans l'exercice de ses fonctions, le Président de la République est assisté de deux Vice-présidents ».

La destitution du Premier Vice-président rappelle que dans l'administration burundaise, la Vice-présidence n'est pas un centre de décision important et qu'un assistant fait ce qu'on lui demande de faire et se tient tranquille ; sinon on lui applique les dispositions de l'article 123, al. 2.

Ceci est conforme au modèle en vigueur au Burundi, qui fait du Président de la République le chef suprême de l'administration et des membres du gouvernement ses commis⁸.

- Le ministre de l'Intérieur, un musicien qui joue une musique composée ailleurs

La persistance du comportement illégal du ministre de l'Intérieur montre qu'il est un relai des décisions prises ailleurs. La lettre du 28 mars 2014 dans laquelle le Chef du Cabinet civil du Président de la République, dans un tour euphémique lui demandait d'appuyer les organes du parti UPRONA reconnu par la loi dans leur processus de réunification vient confirmer ce fait.

A ces réalités administratives s'ajoutent des conséquences modifiant les forces politiques.

⁸ Article 133, al. 1, *Constitution de la République du Burundi*
Revue Burundaise de Droit et Société

•- Conséquences sur le paysage politique

La décision d'annulation de prise d'acte a provoqué une crise institutionnelle et a consacré l'hégémonie du parti CNDD-FDD et ses satellites.

- La crise institutionnelle

Les articles 131 et 132 de la Constitution de la République font du Gouvernement, l'organe de conception et de coordination de la politique de la nation au plus haut niveau. Il est donc nécessaire que cet organe fonctionne régulièrement.

Depuis le 1^{er} février 2014, date de destitution du Premier Vice-président issu du parti UPRONA, jusqu'au 19 février 2014, date de prestation de serment des nouveaux membres du gouvernement, le gouvernement était théoriquement incapable de prendre des décisions, ne remplissant pas les conditions d'équilibre ethnique prévues à l'article 129 de la Constitution de la République du Burundi.

En dehors d'une stratégie de pourrissement, dix-neuf jours de paralysie du Gouvernement décrédibilisent le système. La crise a pris fin, un premier Vice-président tutsi a remplacé un autre Vice-président tutsi, des ministres tutsi ont remplacé d'autres ministres tutsi. Ils viennent d'un parti qui se donne pour nom « UPRONA », alors que c'est une aile du CNDD-FDD. Le gouvernement est donc monocolore. Ce problème avait été souligné par E. NINDORERA en septembre 2004 dans une communication qu'il avait adressée aux parlementaires et aux responsables des partis politiques⁹.

⁹ E. NINDORERA, *Le rôle des parlementaires et des partis politiques dans la préparation des élections au Burundi*, Bujumbura, 13 septembre 2004, p.11

- L'hégémonie du parti CNDD-FDD et ses satellites

Depuis sa victoire aux élections de 2005, le CNDD-FDD n'a cessé d'affaiblir l'opposition. Aussitôt accédé au pouvoir, le CNDD-FDD a entrepris d'anéantir le PALIPEHUTU-FNL qu'il accusait d'avoir chassé sur son terrain. Bien que présent au gouvernement et au Parlement, le parti SAHWANYA-FRODEBU, soupçonné d'être de mèche avec le Palipehutu-FNL, était également dans le collimateur du CNDD-FDD. Le parti UPRONA semblait mieux traité. Il était présent au Parlement et était partie prenante au Gouvernement au sein duquel il occupait même le poste de Premier Vice-président de la République qui coordonne le domaine politique et administratif. Son problème était d'être à la fois au Gouvernement et dans l'opposition. Allait-t-il jouer longtemps ce double jeu ?¹⁰

A la fin des élections communales du 24 mai 2010, douze partis d'opposition dénoncent des irrégularités, forment l'ADC-Ikibiri et quittent les élections.

Les mêmes partis retirent leurs candidats des élections présidentielles. Assuré de les perdre, l'UPRONA retire aussi son candidat de la course. Le président NKURUNZIZA Pierre se présente seul et est élu à 76,98% le 28 juin 2010.

L'UPRONA a changé d'avis et participé aux élections législatives du 23 juillet 2010 avec le CNDD-FDD et le FRODEBU-NYAKURI. La participation de l'UPRONA aux élections législatives leur a conféré un cachet pluraliste.

¹⁰ Pour l'ensemble de cette question, voir S. NTIBANTUNGANYA, *Burundi : décomposition – recomposition du paysage politique et transition inachevée*, Conférence à l'Université d'Anvers, 25 janvier 2007, 18 p.

Jusqu'aujourd'hui, l'UPRONA avait bénéficié d'un traitement de faveur peut-être parce qu'il avait sauvé le processus électoral¹¹.

Les perspectives des élections de 2015 auxquelles l'UPRONA allait se présenter uni et réconcilié, les prises de position contraires à celles du CNDD-FDD sur la révision de la Constitution de la République du Burundi, sur le sort de l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi, sur la Commission Nationale des Terres et autres Biens¹², sur la justice transitionnelle, l'ont condamné à subir le même sort que les autres partis politiques d'opposition.

Le CNDD-FDD n'a plus besoin de l'UPRONA, encore moins d'un UPRONA fort. Il s'en est débarrassé en le métamorphosant en un autre parti plus docile qui garde les couleurs du parti UPRONA agréé.

Outre la violation systématique de la loi pour arriver à ce résultat, la destruction du parti UPRONA a sonné le glas du pluralisme démocratique. La voie est libre pour le CNDD-FDD et ses satellites pour aller aux élections de 2015, élections gagnées à l'avance ; toutes choses restant ce qu'elles sont.

¹¹ Sur cette question, Voir Stef VANDEGINSTE, Power-sharing as a fragile safety value in times of electoral turmoil : the costs and benefits of Burundi's 2010 elections, *Cambridge Journals*, 23 avril 2012, pp.316-335.

¹² E. NGAYIMPENDA et C. NDITIJE, *Plainte contre le démantèlement de l'UPRONA*, Bujumbura, 8 août 2014, p. 1

CONCLUSION

Le règlement d'un litige interne au parti UPRONA a fourni l'occasion à l'administration en charge des partis politiques, avec le précieux concours de la Cour Suprême, de démanteler le parti UPRONA.

Le même traitement avait été administré aux autres partis politiques mais l'administration s'est fait un point d'honneur à mettre au rancart un parti supposé représenter la minorité tutsi. Les armes utilisées ont été la violence¹³, la violation systématique de la loi, l'atteinte à l'indépendance de la Justice.

L'administration et ses protégés ont gagné, mais je risque de qualifier leur victoire de « *victoire à la Pyrrhus* ». Pour aller aux élections avec assurance, le combat préalable n'est pas d'affaiblir tous les partis politiques afin de s'accaparer seul du « gâteau ». Le vrai combat c'est le combat livré à des ennemis qui n'ont pas de partis. Ils s'appellent pauvreté, corruption, impunité, etc. Une victoire sur ces ennemis aurait suffi pour se débarrasser des autres partis. La force, la violation de la loi, le mépris de la Justice sont contreproductives.

¹³ E. NGABIRE, Une opposition muselée, *Iwacu Magazine*, n°27, septembre 2014, pp.6-7.
Revue Burundaise de Droit et Société

BIBLIOGRAPHIE

- Arrêt RAP 34 d'annulation des congrès communaux du parti UPRONA tenus au mois de mai 2012
- Arrêt RAP 35 d'annulation et de réhabilitation
- Arrêt RAP 36 d'annulation des congrès provinciaux du parti UPRONA tenus au mois de février 2012
- CHAPUS, R., Droit administratif, 8^{ème} édition, Paris, Monchrestien, 1999, 1312 p.
- Loi n°1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile
- Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi
- Loi n°1/16 du 16 septembre 2011 portant révision de la loi n°1/006 du 26 juin 2003 portant organisation et fonctionnement des partis politiques
- MESCHERIAKOFF, A.S., Le droit administratif ivoirien, Paris, Economica, 1982.
- NDITIJE, C. et NGAYIMPENDA, E., Plainte contre le démantèlement de l'UPRONA, Bujumbura, août, 2014, 6 p.
- NINDORERA, E., Le rôle des parlementaires et des partis politiques dans la préparation des élections au Burundi, Bujumbura, septembre 2004, 13 p.
- NTIBANTUNGANYA, S., Burundi : décomposition – recomposition du paysage politique et transition inachevée, Université d'Anvers, Conférence, janvier 2007, 18 p.
- Ordonnance n°0004/2012/J.E./RAP 34 portant sursis à exécution de l'arrêt RAP 34
- Ordonnance n°0005/2012/J.E./RAP 35 portant sursis à exécution de l'arrêt RAP 35

- Ordonnance n°0006/2012/J.E./RAP 36 portant sursis à exécution de l'arrêt RAP 36
- Ordonnance n°113/2014/J.E./RCC 22145 portant non lieu à statuer dans l'affaire RCC 22145
- Ordonnance n°114/2014/J.E./RCC 22146 portant non lieu à statuer dans l'affaire RCC 22146
- Ordonnance n°115/2014/J.E./RCC 22147 portant non lieu à statuer dans l'affaire RCC 22147
- Point de presse du porte-parole de la Cour Suprême, s.d.
- Statuts du parti UPRONA
- VANDEGINSTE, S., Power-sharing as a fragile safety value in times of electoral turmoil: the costs and benefits of Burundi's 2010 elections, Cambridge Journals, 2012, pp. 316-335.

**Commentaire des Ordonnances OCS 164 RMPGAC 2107/BF de la Cour suprême et
et RMPGAC 2107/BF de la Cour anti-corruption et contribution à l'interprétation
des conditions de la détention préventive au Burundi**

Par Aimé-Parfait NIYONKURU

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit

Résumé

Tous les spécialistes du droit criminel pourraient confirmer qu'aucun système de justice pénale efficace ne peut totalement faire l'impasse sur la détention des suspects. Seulement, le recours à la privation de la liberté à une personne, avant que sa condamnation ne soit coulée en force de chose jugée, doit rester exceptionnel, comme le prévoit par ailleurs expressément le Code burundais de procédure pénale de 2013. Par ailleurs, le législateur burundais a posé des conditions qui doivent être remplies pour justifier une mesure de placement en détention préventive et qui doivent être interprétées de manière restrictive. Malgré tous ces garde-fous, force est de constater que le nombre de détenus préventifs au Burundi reste presque toujours supérieur aux détenus en vertu d'un jugement coulé en force de chose jugée. Ce qui constitue un paradoxe. A la lumière d'une affaire qui a fait couler beaucoup d'encre et de salive, la présente réflexion tente d'apprécier la manière dont nos cours et parquets interprètent les conditions de la détention préventive. Parce qu'une interprétation erronée ou spéculative pourrait donner lieu à un recours excessif à la détention préventive.

Abstract

Criminal specialists can confirm that there could not be a functioning criminal justice system in the world without detaining any suspect. However, this must be exceptional. Burundi 2013 Criminal Procedure Act provides that Pre-trial detention should be the exception, not the rule. Moreover, it prescribes strict conditions that must be observed and which have to be restrictively interpreted. This should normally lead to a decrease in the number of pre-trial detainees compared to those who are definitively sentenced. However, all statistics show that more than 50 per cent of the detainees are under pre-trial detention status in Burundi. What should finally be an exception turns to a rule. This article attempts to examine whether the excessive use of pre-trial detention is not a result of misinterpretation or a speculative interpretation of relevant provisions by Burundian courts and the prosecuting organ. This analysis is based on a well-known case which has involved an ex-high level Burundian official.

INTRODUCTION

1. En avril 2013, une nouvelle loi régissant la procédure pénale est promulguée¹. Cette loi révisé celle de 1999 portant réforme du Code de procédure pénale². Le nouveau code de procédure pénale apporte plusieurs innovations, comparé à celui qu'il révisé. En ne prenant en considération que le seul critère quantitatif, le Code de 2013 comporte en tout 361 articles contre 209 que totalise le code révisé de 1999.

¹ Loi N° 1/10 du 3 avril 2013 portant révision du Code de procédure pénale, *B.O.B.* N° 4/2013.

² Loi n°1/015 du 20 juillet 1999 portant réforme du Code de Procédure pénale, *B.O.B.* N° 1/2000.

2. Notre propos n'est pas de relever les innovations du nouveau code de 2013 par rapport à celui de 2009, une entreprise très intéressante, certes, mais assurément de longue haleine.
3. Mais il importe de relever d'emblée, que relativement à la thématique annoncée dans le titre de cette réflexion, celle des conditions de la détention préventive, le code de 2013 n'a pas beaucoup innové. Dans le domaine de la détention préventive, entre autres innovations, le Code de 2013 énonce clairement, pour la première fois, en introduction des règles de base de la détention préventive, que « *la liberté [est] la règle et la détention l'exception*³ ». La détention préventive ne peut plus désormais être justifiée par l'idée de « *protéger l'inculpé* » comme c'était le cas dans le code de 1999⁴; la décision de maintien en détention préventive doit, dorénavant, être dûment motivée⁵; la collégialité obligatoire est introduite dans le contrôle de la régularité de la détention préventive⁶; la liste des obligations que peut imposer le juge au bénéficiaire de la liberté provisoire est allongée⁷.

Par ailleurs, lorsque l'inculpé ayant bénéficié de la liberté provisoire manque aux charges qui lui ont été imposées par le juge, ce n'est plus du pouvoir du Ministère public de le réincarcérer⁸ mais de celui du juge sur requête du

³ Code de procédure pénale de 2013, *précité*, art.110,al.1^{er}, 1^{ère} ligne. Voy. aussi, art.52, al. 2 du même Code.

⁴ Code de procédure pénale de 1999, *précité*, art. 71, al.2, 3^o.

⁵ Code de procédure pénale de 2013, *précité*, art.110 *in fine*.

⁶ *Id.*, art.113 (afin de garantir l'indépendance des juges contre les pressions externes ou vengeances, permet de réduire les erreurs de droit et de fait et assure l'efficacité des décisions et du procès équitable cf. Séraphine TergalisseNgaEssomba, *La protection des droits de l'accusé devant la Cour pénale internationale*, Collection Justice internationale, L'Harmattan, 2012, p.337.

⁷ Aux cinq obligations prévues à l'article 76 du Code de procédure pénale de 1999, le Code de 2013 ajoute celle de « *ne pas entrer en contact avec ses victimes ou d'autres personnes qu'il [le juge] détermine* » (art.119).

⁸ Code de procédure pénale de 1999, *précité*, art.78.

Ministère public⁹. Il est désormais obligatoire de vider le contentieux de la détention préventive avant d'entamer le fond¹⁰. Le Code de 2013 introduit une limite *absolue* à la durée de la détention préventive, même pour les crimes¹¹. Cette limite est de 3 ans¹².

Enfin, l'article 130 du Code de procédure pénale prévoit trois hypothèses dans lesquelles l'inculpé, à l'égard duquel l'autorisation de mise en état de détention préventive n'a pas été accordée ou prorogée, peut faire l'objet d'un nouveau mandat d'arrêt du chef de la même infraction¹³.

4. Comme indiqué ci-dessus, le régime de la détention préventive n'a pas été réformé en profondeur, en particulier en ce qui a trait aux conditions auxquelles est subordonnée la détention préventive. Seulement, la lecture et l'interprétation, par le ministère public et le juge burundais, du régime de la détention préventive, en ce qui a trait particulièrement aux conditions qui la justifient, appellent cette réflexion que nous nous proposons de mener à la lumière d'une des affaires judiciaires très récentes¹⁴ et très bien connues du public burundais¹⁵: *l'affaire Bamvuginyumvira*.

⁹ Code de procédure pénale de 2013, *précité*, art.121.

¹⁰ Code de procédure pénale de 2013, *précité*, art. 112. C'était très réclamé par la pratique. L'ancienne loi offrait au Ministère Public la possibilité de court-circuiter la défense en bâclant un peu l'instruction, quitte à fixer le dossier avant les 15 jours-.

¹¹ Le Code de 1999 ne prévoyait une limite à la détention préventive que pour les délits.

¹² Code de procédure pénale de 2013, *précité*, art. 115, al. 3.

¹³ Ces trois hypothèses sont les suivantes : « 1° si des circonstances nouvelles et graves réclament sa mise en détention préventive ; 2° si l'inculpé reste en défaut de se présenter aux actes de procédure sans motifs valables ; 3° Si l'inculpé n'observe pas les mesures alternatives lui imposées ». Le Code de procédure pénale de 1999 prévoyait une seule hypothèse à savoir le fait pour le prévenu de « manquer[r] aux charges qui lui ont été imposées par la juridiction saisie de la poursuite ».

¹⁴ Sur le fond, cette affaire a été jugée, au premier degré, par la Cours anti-corruption du Burundi, qui a condamné le 15 janvier 2015 monsieur Bamvuginyumvira à une peine de servitude pénale

¹⁵ Non seulement ce dossier concerne une personnalité politique bien connue pour avoir été député à l'Assemblée nationale du Burundi (élu dans la circonscription de Kirundo, sur la liste du parti

5. Ce dossier a fait couler beaucoup de salive notamment au sujet des mobiles des démêlées judiciaires contre monsieur Bamvuginyumvira¹⁶. Nous n'avons aucune intention, dans cette réflexion, de nous risquer à tenter de chercher les mobiles des poursuites pénales engagées contre monsieur Bamvuginyumvira. Ce qui nous intéresse et qui justifie la référence aux ordonnances rendues successivement par la Cour anti-corruption¹⁷ et par la Cour suprême¹⁸ dans ladite affaire, c'est l'interprétation et la compréhension, par le juge et le ministère public burundais des conditions pouvant justifier une mesure de mise en détention préventive dans le cadre d'une procédure pénale.

I. Bref rappel de la procédure

6. La Cour anti-corruption, statuant en chambre de conseil, le 19 décembre 2013, a ordonné la mise en liberté provisoire, sous-caution de un million de francs burundais (1 000 .000 FRBU), de l'inculpé BAMVUGINYUMVIRA Frédéric, poursuivi pour des faits de corruption active, et a chargé le Ministère public de l'exécution de la décision.
7. Au lieu de cela, le Procureur général près la Cour anti-corruption a sorti, le même jour, une ordonnance de réincarcération de BAMVUGINYUMVIRA Frédéric, en même temps qu'il interjetait, à la section d'appel de la chambre

Sahwanya FRODEBU, lors des élections du 29 juin 1993) et exercé les fonctions de Vice-Président de la République (du 11 juin 1998 au 1^{er} novembre 2001) mais encore l'affaire a été fortement médiatisée.

¹⁶ Son avocat, Me Fabien Segatwa affirme, par exemple que «*La carte de mobile politique ne doit pas être écartée*», propos recueillis par Diane Hakizimana, journaliste à la Radio publique africaine, <http://www.rpa.bi/spip.php?article203> : consulté le 22 janvier 2014. C'est également l'avis du Président du Parti Sahwanya FRODEBU et Président de l'Alliance des Démocrates pour le Changement (ADC-İKIBIRI), Monsieur Léonce NGENDAKUMANA, dans les colonnes de *Net press* du 27 décembre 2013.

¹⁷ RMPGAC 2017/BF, Ordonnance, 19 décembre 2013.

¹⁸ OCS 164 RMPGAC 2107/BIF, ordonnance du 26 décembre 2013.

judiciaire de la Cour suprême, appel contre l'ordonnance de la cour anti-corruption du 19 décembre 2013 ayant ordonné la mise en liberté provisoire sous caution de l'inculpé BAMVUGINYUMVIRA Frédéric.

8. Contre la décision de réincarcération du parquet général près la Cour anti-corruption, la défense a, également de son côté, interjeté appel à la section d'appel de la chambre judiciaire de la Cour suprême, qui a décidé de joindre les deux dossiers¹⁹ sous le OCS 164 RMPGAC 2107/BF.

9. Après l'examen des recours, la Cour suprême, siégeant en chambre de conseil, le 26/12/2013, a réformé l'ordonnance de la Cour anti-corruption du 19 décembre ayant décidé la mise en liberté provisoire sous caution de l'inculpé BAMVUGINYUMVIRA Frédéric et, accédant à la demande de l'accusation, a ordonné « *la mise en détention préventive du prévenu BAMVUGINYUMVIRA Frédéric* » et « *la restitution de la caution au prévenu (...)*²⁰ ».

¹⁹ L'appel du Ministère Public contre cette ordonnance en date du 20/12/2013 et enregistré dans les livres de la Cour Suprême sous le OCS164 RMPGAC 2107 /BF et l'appel de BAMVUGINYUMVIRA Frédéric contre cette ordonnance en date du 20/12/2013 et enregistré à la Cour Suprême sous le OCS165 RMPGAC 2107 /BF.

²⁰ OCS 164 RMPGAC 2107/BF, 10^e feuillet.

II. Appréciation de l'interprétation du régime de la détention préventive à la lumière des ordonnances (OCS 164 RMPGAC 2107 /BF) ET RMPGAC 2107 /BF

10. A l'appui de l'appel, le Ministère public invoque deux moyens, à savoir, d'une part que le premier jugé a ignoré totalement ses plaidoiries et, d'autre part, *que la libération provisoire de sieur Bamvuginyumvira par le premier juge n'a pas fait l'objet d'un débat au cours de l'audience.*
11. Explicitant le 1^{er} moyen, le Ministère public précise qu'il avait traduit BAMVUGINYUMVIRA Frédéric en chambre de conseil pour demander à la Cour (anti-corruption) de le maintenir en détention **préventive en attendant que l'affaire ne soit vidée et ce en vertu de l'art 110 al 1 et 2 points 1 et 2.**
12. Il importe de s'appesantir sur cette allégation au regard précisément du prescrit de l'article 110 al.1 et 2 points 1 et 2 du Code de procédure pénale (repris ci-après sous l'acronyme CPP).
13. Aux termes de l'article 110 du CPP : *«La liberté étant la règle et la détention l'exception, l'inculpé ne peut être mis en état de détention préventive que s'il existe contre lui des indices suffisants de culpabilité et que les faits qui lui sont reprochés paraissent constituer une infraction que la loi réprime d'une peine d'au moins une année de servitude pénale.*
En outre, la détention préventive ne peut être ordonnée ou maintenue que si elle est l'uniquemoyen de satisfaire à l'une au moins des conditions suivantes
:

1° conserver les preuves et les indices matériels ou empêcher, soit une pression sur les témoins ou les victimes, soit une concertation frauduleuse entre inculpés, co-auteurs ou complices;

2° préserver l'ordre public du trouble actuel causé par l'infraction;

3° mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement;

4° garantir le maintien de l'inculpé à la disposition de la justice.

La décision de maintien en détention préventive doit être dûment motivée».

14. L'alinéa 1^{er} de cet article pose le principe fondamental qui domine la procédure pénale, selon lequel, avant le jugement de condamnation, la liberté de la personne suspectée, prévenue, inculpée, poursuivie ou accusée d'une infraction est la règle tandis que sa privation de liberté constitue l'exception. Le même alinéa pose deux conditions de base sans lesquelles la détention préventive de l'inculpé ne peut être justifiée. La première concerne le seuil de gravité de l'infraction et la deuxième le niveau des indices de culpabilité. Au sujet de la première condition, E.Krings s'interroge d'ailleurs, à juste titre : « *La présomption d'innocence serait-elle moins grande lorsque le crime est plus grave ?²¹* ». Point n'est besoin de préciser que les deux conditions sont cumulatives. Concrètement, pour que la mesure de mise en détention préventive puisse être justifiée, il faut vérifier, tout d'abord que l'infraction est punissable d'une peine d'au moins une année de servitude pénale et, **en plus**, qu'il existe contre le prévenu, des indices suffisants de culpabilité, et pas de simples soupçons ou une quelconque ou prétendue intime conviction.

15. L'alinéa 2 de l'article 110 auquel se réfère le Ministère public concerne les conditions supplémentaires, qui s'ajoutent aux deux conditions de base

²¹Krings, E., « Réflexions relatives à l'application de la loi sur la détention préventive », *J.T.*, 1984, p. 552.

relevées dans le paragraphe précédent. Le terme « en outre », qui introduit ces conditions, montre clairement que ces conditions s'ajoutent aux conditions de base posées au 1^{er} alinéa.

16. Dès lors que les conditions de base posées à l'alinéa 1^{er} de l'article 110 sont remplies *de manière cumulative*, il faut prouver, *au moins*, une des quatre conditions prévues à l'alinéa 2 de l'article 110 .

Selon cette disposition, la détention préventive ne peut être ordonnée ou maintenue que si elle est *l'unique moyen* de satisfaire à l'une au moins des conditions énumérées par cette disposition (Voy. ci-dessus).

17. Dès lors que les conditions de base posées à l'alinéa 1^{er} de l'article 110 sont remplies *de manière cumulative*, qu'au moins une des quatre conditions supplémentaires prévues à l'alinéa 2 du même article est établie, le Ministère public ou le juge doit procéder à une ultime vérification : celle de s'assurer que la mesure constitue l'unique moyen de satisfaire à la condition supplémentaire retenue. C'est à ce moment que la mesure du placement de l'inculpé sous mandat d'arrêt, de l'autorisation ou de la prorogation de la détention préventive est conforme la loi.

18. En conséquence, dès que la défense, par exemple, établit ou prouve qu'il existe un autre moyen de satisfaire à l'une ou l'autre condition supplémentaire que le Ministère public ou le juge prétend ou s'apprête à retenir, la mesure de placement ou de maintien en détention préventive de l'inculpé n'est plus légale au regard des prévisions de l'article 110 du CPP.

19. Enfin et toujours pour renforcer le caractère vraiment exceptionnel de la mesure de détention préventive, le législateur a eu recours, dans la rédaction de l'article 110 à une formulation négative : « *l'inculpé ne peut être mis en détention préventive que...* ». Il aurait pu valablement utiliser la forme positive comme : « *l'inculpé peut être mis en détention préventive si...* ». Si à la formulation positive, plus directe, le législateur burundais a préféré une formulation négative, c'est qu'il a voulu insister sur l'importance de l'exception que constitue l'atteinte, en dehors de toute condamnation, à un droit fondamental : la liberté. En légistique, la formulation négative indique, entre autres, une prescription spécialement impérative.
20. Ainsi mis en lumière le contenu de l'ensemble de l'article 110, l'on peut revenir sur le 1^{er} moyen invoqué par le Ministère public devant le juge d'appel, en l'occurrence le juge de la Cour suprême, et visant à obtenir de ce dernier le maintien de Sieur BAMVUGINYUMVIRA Frédéric en détention **préventive**.
21. Selon ce moyen, le Ministère public reproche au premier jugé d'avoir ignoré totalement ses plaidoiries²² et, précisant ce moyen, prétend qu'il avait traduit BAMVUGINYUMVIRA Frédéric en chambre de conseil pour demander à la Cour de le maintenir en détention préventive *en attendant que l'affaire ne soit vidée et ce en vertu de l'art 110 al 1 et 2 points 1 et 2*.

²² OCS 164 RMPGAC 2107/BF, 2^e feuillet.

22. Comme cela a été explicité plus haut, la mesure de placer ou de maintenir l'inculpé en détention préventive, mesure exceptionnelle de surcroît²³, est subordonnée aux conditions strictes posées à l'article 110. Nous en avons tenté une analyse de quelques lignes plus haut.
23. Au regard de l'économie générale de cet article et compte tenu des considérations qui précèdent, force est de constater que l'article 110 al.1 et 2 points 1 et 2 comme d'ailleurs aucune disposition du CPP ne prévoit le maintien en détention préventive « *en attendant que l'affaire ne soit vidée* ».
24. On ne peut s'empêcher de constater la « légèreté » avec laquelle le Ministère public justifie la réunion des conditions de la détention préventive requise contre l'inculpé. Il justifie sa demande par le fait « *Qu'étant donné que l'infraction dont l'inculpé est poursuivi est la corruption active, une infraction prévue et punie par l'art 48 de la loi N°1/12 du 18 avril 2006 portant mesures de prévention et de répression de la corruption et des infractions connexes et dont la peine prévue est supérieure à une année de servitude pénale, la détention préventive était justifiée*²⁴ ».
25. Le Ministère public ne s'embarrasse pas d'établir, à l'appui des conditions supplémentaires 1° et 2° de l'article 110 qu'il invoque, que la détention préventive réclamée constitue l'unique moyen d'y satisfaire. Il se contente tout simplement d'alléguer que l'infraction dont l'inculpé est poursuivi²⁵ est

²³ « la détention préventive (...) constitue une mesure tout à fait exceptionnelle et provisoire, puisqu'elle va à l'encontre du principe de la liberté » (Cf. Franchimont, M., Jacobs, A. et Masset, A., *Manuel de procédure pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 590.

²⁴OCS 164 RMPGAC 2107/BF, 2e feuillet.

²⁵La corruption active. Selon l'article 48 al 1^{er} de la loi N°1/12 du 18 avril 2006 portant mesures de prévention et de répression de la corruption et des infractions connexes « Est puni d'une servitude pénale de cinq à 10 ans et d'une amende portée du simple jusqu'au double de la valeur du profit

punie d'une peine supérieure à une année de servitude pénale, qu'il existe contre l'inculpé des charges²⁶ suffisantes de culpabilité (conditions de base) et en outre évoque le risque, si l'inculpé recouvre sa liberté, d'une pression de l'inculpé sur les dénonciateurs et les témoins²⁷ ainsi que la nécessité de préserver l'ordre public du trouble actuel causé par l'infraction (conditions supplémentaires). Nulle part, le Ministère public ne cherche à établir, qu'outre la réunion des conditions de base posées par l'article 110 al.1^{er} du CPP et auxquelles est subordonnée la mesure de placement ou de maintien en détention préventive, cette mesure constitue l'unique moyen de satisfaire à l'une et l'autre des conditions supplémentaires que le Ministère public prétend déceler.

26. Le juge d'appel, qu'est celui de la Cour suprême, ne fait d'ailleurs guère mieux. Dans sa motivation qui va l'amener à réformer l'ordonnance entreprise et, statuant à nouveau, à ordonner la détention préventive de l'inculpé Bamvuginyumvira Frédéric²⁸, il met en branle la dialectique suivante. Après avoir considéré les thèses développées par le Ministère public et la défense, le juge d'appel retient que les faits reprochés au prévenu « *constituent des indices sérieux de culpabilité* »²⁹, relève que « *l'infraction pour laquelle le prévenu est poursuivi est punissable d'une*

illicite acquis, celui qui aura proposé sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat public, électif, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction ou son mandat » (Voy. Loi dans le B.O.B, n°4/06).

²⁶ Précisons que le CPP de 2013, contrairement à celui de 1999 qu'il a révisé et abrogé, parle des « indices » et pas des « charges ».

²⁷ OCS 164 RMPGAC 2107/BF, 2^e feuillet.

²⁸ OCS 164 RMPGAC 2107/BF, 10^e feuillet.

²⁹ Id. 9^e feuillet. Il convient de relever que l'article 110 parle plutôt des indices suffisants de culpabilité.

*servitude pénale principale de plus d'une année*³⁰ », « estime qu'il y a lieu de craindre une disparition des preuves et indices matérielles de l'infraction au cas où le prévenu serait libéré »³¹, pour conclure, sans autre motivation, à la réformation de l'ordonnance entreprise et pour ordonner la détention préventive du prévenu Bamvuginyumvira.

27. Nulle part, dans sa motivation, il ne fait mention de la condition contenue dans l'article 110 al.2 du CPP selon laquelle la décision de maintenir l'inculpé en détention préventive doit être l'unique moyen d'éviter « *la disparition des preuves et indices matériels de l'infraction* ».

28. S'agissant du deuxième moyen à l'appui de son appel, le Ministère public avance que la libération provisoire de Sieur Bamvuginyumvira s'est basé sur un motif « *qui n'a pas fait l'objet d'un débat au cours de l'audience* »³². Ce motif, que le Ministère public considère comme n'ayant pas fait l'objet de débat, n'est autre que la caution dont le juge a assortie la mesure de libération provisoire du prévenu. Analysons, dans les lignes qui suivent, ce moyen.

29. La caution est prévue à l'article 116 du CPP. Aux termes de cet article : « *Dans tous les cas où la mise en détention est autorisée ou prorogée pour satisfaire aux conditions de l'article 110 alinéa 2, le juge peut, si l'inculpé le demande, ordonner qu'il soit néanmoins mis en liberté provisoire, à la condition de déposer entre les mains du Greffier, à titre de cautionnement, une somme d'argent.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² OCS 164 RMPGAC 2107/BF 2^e feuillet.

Ce cautionnement garantit la représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et l'exécution par lui des peines privatives de liberté aussitôt qu'il en est requis, le cas échéant, la réparation des dommages causés par l'infraction, le paiement des amendes et des frais de justice.....».

30. Au regard des prétentions du Ministère public comme d'ailleurs de la compréhension de l'économie générale de cet article par le juge d'appel, une certaine clarification s'impose.

30.1. Premièrement, au regard de l'article 116, la décision accordant la liberté provisoire est obligatoirement assortie d'une mesure imposant à l'inculpé le paiement d'une quelconque caution. Ceci découle des termes mêmes, sans équivoques, de l'article 116 du CPP : *« à la condition de déposer entre les mains du greffier, à titre de cautionnement, somme d'argent »*.

30.2. Deuxièmement, la caution n'est envisageable que dans le cas où, compte tenu des circonstances, le juge autorise la détention ou la proroge. Le membre de phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article 116 est à ce propos éclairant : *« Dans tous les cas où la mise en détention est autorisée ou prorogée pour satisfaire aux conditions de l'article 110 alinéa 2 »*. Il doit y avoir donc, **préalablement à l'ordonnance de mise en liberté provisoire de l'inculpé sous caution**³³, une décision du juge autorisant ou prorogeant la détention préventive, après vérification de la réunion des conditions posées par l'article 110. Bien entendu, sur le plan de la forme, rien n'interdit que les deux décisions fassent l'objet d'une seule et même ordonnance.

³³Nous soulignons.

30.2.1. On peut d'ailleurs s'interroger, au fond, sur le point de savoir si une décision de libération provisoire sous caution peut faire l'objet d'un appel de la part du Ministère public. La réponse n'est pas du tout évidente. A la lecture de l'article 124 du CPP, pris isolément, on pourrait être tenté de conclure que la décision de libération provisoire sous caution est susceptible d'appel. Cet article qui vient le premier dans la section consacrée aux « *recours contre les ordonnances en matière de détention préventive* », se lit comme suit : « *Le Ministère public et l'inculpé peuvent faire appel des ordonnances rendues en matière de détention préventive* ». Effectivement, la décision ordonnant la libération préventive sous-caution est rendue « en matière de détention préventive ».

30.2.2. S'il est acquis que l'inculpé peut exercer un recours pour contester la caution ou son montant, par contre, l'objet du recours du Ministère public soulève quelques interrogations. Devant la Chambre de Conseil, le Ministère public postule soit l'autorisation, soit la prorogation de la détention préventive³⁴. Or, précisément, le juge accède à la demande du Ministère public lorsqu'il autorise ou proroge la détention préventive, condition préalable pour examiner, à la demande de la défense, la question de la libération provisoire sous caution³⁵. Le Ministère public est-il alors fondé d'exercer un recours contre une décision qui a accédé à sa demande? Ce serait, à notre avis, absurde. Car autrement, que demanderait le Ministère public à la juridiction immédiatement supérieure à celle qui a statué en premier ressort, juridiction compétente pour connaître du recours contre les ordonnances rendues en matière de détention préventive? Puisque, précisément, le juge ayant statué en premier ressort a, selon le

³⁴ Lecture combinée des art. 111 et 116 du CPP.

³⁵ Art. 116 du CPP.

cas, autorisé ou prorogé la détention préventive. A l'appui de notre position consistant à soutenir que le Ministère public n'a pas le pouvoir de faire appel contre une décision de libération provisoire sous caution, nous pouvons invoquer le prescrit de l'article 133, al. 1^{er}. du CPP qui limite les possibilités des appels contre les décisions rendues sur base de l'article 132. Aux termes de cette disposition : « *Le Ministère public ne peut interjeter appel de la décision prévue par l'article 132 que si elle donne mainlevée de la mise en détention préventive* ».

30.2.3. Si donc le juge estime que les conditions auxquelles est subordonnée la mesure de détention préventive³⁶ ne sont pas réunies, il n'accède pas à la demande du Ministère public d'autoriser ou de proroger la détention préventive. Il ordonne, le cas échéant, purement et simplement, la libération³⁷ de l'inculpé. Dans ces conditions, toute imposition d'une quelconque caution manque de base légale.

30.3. Troisièmement, dans l'hypothèse où la libération provisoire sous caution de l'inculpé est possible, celle-ci doit être demandée par l'inculpé (ou généralement la défense), au juge. S'il accède à la demande, le juge fixe, souverainement le montant de la caution³⁸; celui-ci étant, au jugement du tribunal, de nature à « *[garantir] la représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et l'exécution par lui des peines privatives de liberté*³⁹ aussitôt qu'il en est requis, le cas échéant, la réparation des

³⁶Cf. art.110 du CPP.

³⁷ Nonobstant le langage adopté par une certaine pratique qui considère que lorsque le juge qui statue sur la détention préventive constate que les conditions qui la justifient ne sont pas réunies, il ordonne la libération provisoire.

³⁸Cass., 15 mai 2002, *Rev.dr.pén.*,2002, p.1073 (Cour de cassation belge).

³⁹Art.116 al.2 du CPP.

dommages causés par l'infraction, le paiement des amendes et des frais de justice».

Au sujet de la fixation du montant de la caution, la Cour de cassation belge considère que la somme doit être telle que le danger de non-représentation s'en trouve très réduit, sinon annihilé⁴⁰. Il en résulte que le juge prendra en considération les capacités financières de l'inculpé⁴¹.

31. Revenant à l'affaire Bamvuginyumvira, le Ministère public allègue que la caution décidée par le premier juge n'a pas fait l'objet d'un débat. Aux yeux du Ministère public, « *ce motif n'a pas fait l'objet d'un débat au cours de l'audience*⁴² ». Au sujet de cette allégation, il est caractéristique de relever que le juge d'appel n'y a pas répondu. Mais au-delà cette carence, on peut s'interroger au sujet du bien-fondé même de ce moyen.

32. Tout d'abord, si elle est accordée, la libération provisoire n'est pas fondée sur la caution. Autrement dit, le paiement d'une caution ne peut pas être un motif de la mesure de mise en liberté provisoire.

33. Quant au montant, rien ne nous permet de soutenir que le Ministère public est investi du pouvoir d'intervenir dans sa fixation qui relève du pouvoir souverain du juge⁴³. Rappelons que la mesure de libération provisoire sous caution intervient à l'issue d'un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, le juge retient que les conditions de la détention préventive sont

⁴⁰ Cass.24 avril 1996, *J.L.M.B.*, 1999, p.1279.

⁴¹ Franchimont, M., Jacobs, A., Masset, A., *Manuel de procédure pénale*, Collection de la Faculté de Droit de Liège, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, p.637.

⁴² OCS 164 RMPGAC 2107/BF, 2^e feuillet.

⁴³ Cf. note de bas de page n°37.

réunies et l'autorise ou la proroge, accédant ainsi à la demande du Ministère public. Ensuite, à la demande de la défense, le juge évalue la garantie, que constitue le cautionnement, de la « *représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et l'exécution par lui des peines privatives de liberté aussitôt qu'il en est requis, le cas échéant, la réparation des dommages causés par l'infraction, le paiement des amendes et des frais de justice* »⁴⁴. S'il considère que le versement, par l'inculpé d'un certain montant, est telle que le danger de sa non-représentation est soit annihilé soit très réduit, il accorde la liberté provisoire sous caution. Dans l'hypothèse inverse, il la refuse. Nous pensons d'ailleurs que la demande de libération provisoire sous caution peut être formulée, plus tard, ultérieurement à l'ordonnance autorisant ou prorogeant la détention préventive et l'avis indispensable du Ministère public dans cette étape ne nous semble pas avoir de base légale.

Ceux qui ne sont pas d'accord avec notre point de vue invoqueront, très probablement, le principe du contradictoire comme fondant le droit du Ministère public d'être entendu sur les modalités de la liberté provisoire, étant entendu que le montant de la caution peut être de nature à influencer sur la garantie de la représentation aux différents actes de la procédure. Nous sommes d'accord que dans le cadre de l'instruction, le juge peut demander l'avis du Ministère public au sujet de tout. Mais ce droit englobe-t-il, aussi bien le principe même de la caution que son montant? Si nous pouvons concéder que le principe du contradictoire peut justifier le droit du Ministère public d'être entendu sur la demande de libération provisoire sous caution formulée par l'inculpé, il ne transparaît nulle part

⁴⁴Art.116 al.2.du CPP de 2013.

dans le texte de la loi, que cette demande doit être accompagnée par une proposition du montant de la caution. D'ailleurs, dans l'affaire sous examen l'ordonnance de la chambre de conseil de la Cour anti-corruption relève que les Conseils du prévenu ont évoqué la notion de caution « *mais réservé à la Cour le droit d'apprécier la taille de cette caution*⁴⁵ ». Dans la même veine, le libellé de l'article 116 semble suggérer que la fixation du montant de la caution revient entièrement au juge en considération des fonctions de la caution et de la situation économique de l'inculpé: « *le Juge peut, si l'inculpé le demande, ordonner qu'il soit néanmoins mis en liberté provisoire, à la condition de déposer entre les mains du Greffier, à titre de cautionnement, une somme d'argent* ».

34. Pour fonder sa demande à la Cour suprême de maintenir en détention préventive de Bamvuginyumvira, le Ministère public invoque l'article 110 al.1, 1° et 2°. Selon les deux dispositions l'inculpé ne peut être mis en détention préventive que s'il existe contre lui des indices suffisant de culpabilité et que les faits qui lui sont reprochés paraissent constituer une infraction que la loi réprime d'une peine d'au moins une année de servitude pénale. En outre, la détention préventive ne peut être ordonnée ou maintenue que si elle est l'unique moyen de satisfaire à l'une au moins des conditions suivantes : 1) conserver les preuves et les indices matériels ou empêcher, soit une pression sur les témoins ou les victimes, soit une concertation frauduleuse entre inculpés, co-auteurs ou complices; 2) préserver l'ordre public du trouble actuel causé par l'infraction; ».

⁴⁵ RMPGAC 2017/BF, Ordonnance, 19 décembre 2013, 16^e feuillet.
Revue Burundaise de Droit et Société

35. Pour toutes les deux conditions supplémentaires, prévues aux points 1° et 2° de l'article 110, la Cour conclut que les allégations du Ministère public ne sont pas fondées. A l'allégation selon laquelle, la mesure de maintien en détention pourrait être justifiée par la nécessité d'empêcher l'inculpé de faire pression sur les dénonciateurs⁴⁶, la Cour « *trouve cette raison non fondée car si cela aurait été possible, il l'aurait fait avant que l'affaire ne soit portée devant la justice par le biais de leur dénonciation*⁴⁷ ». Quant à la nécessité de préserver l'ordre public du trouble actuel causé par l'infraction⁴⁸, « *la Cour trouve cet argument sans fondement*⁴⁹ ».

36. Certes, la Cour « *constate qu'il existe des indices suffisants de culpabilité et que l'infraction de corruption active est punie de plus d'une année de servitude pénale*⁵⁰ » mais trouve sans fondement les deux conditions supplémentaires avancées par le Ministère public (art.110, 1° et 2°). Ce qui préjuge normalement une décision de rejet de la demande du maintien ou de la prorogation de la détention préventive de l'inculpé.

⁴⁶ OCS 164 RMPGAC 2107/BF, 10^e feuillet.

⁴⁷ RMPGAC 2017/BF, Ordonnance, 19 décembre 2013, seizième feuillet.

⁴⁸ Il est curieux de voir l'interprétation que le ministère public donne « du trouble actuel causé par l'infraction » dont il est nécessaire de préserver l'ordre public au travers de la mesure de maintien en détention préventive de l'inculpé. Pour le Ministère public, le fait que « la libération de l'inculpé risquerait de reconforter l'opinion de certaines personnes selon laquelle seuls les petits croupissent dans les prisons » constitue un trouble actuel qu'une infraction en général, l'infraction de corruption active reprochée contre Bamvuginyumvira en particulier risque de causer et justifie la nécessité de maintenir en détention préventive l'inculpé pour préserver l'ordre public de ce trouble. Absence de définition légale de la notion d'ordre public pas plus que le législateur n'en donne les éléments constitutifs ou critères de...Selon la Cour européenne des droits de l'homme le « danger ne peut s'apprécier uniquement sur la base de la gravité de la peine encourue ; il doit s'analyser en fonction d'un ensemble d'éléments supplémentaires pertinents propres soit à en confirmer l'existence, soit à le faire apparaître à ce point réduit qu'il ne peut justifier une détention provisoire » (*Letellier c. France*, 26 juin 1991, § 43, série A n° 207).

⁴⁹ RMPGAC 2107/BF, précité, 16^e feuillet.

⁵⁰ *Ibid.*

37. Mais coup de théâtre, sans que la condition n'ait été développée ni même évoquée à aucun moment par le Ministère public à l'appui de sa demande de maintien en détention préventive de Monsieur Bamvuginyumvira, la Cour relève, d'office, qu'elle « *trouve que la condition de garantir le maintien de l'inculpé à la disposition de la justice prévaut sur les autres conditions*⁵¹ » et qu'il faut le garantir car rien n'empêcherait à l'inculpé d'échapper à la justice en l'absence de garantie⁵².

38. Ici la question qui se pose est celle de savoir, si la Cour fait allusion à la condition supplémentaire n°4 de l'article 110 du CPP. Celle-ci prévoit, en plus des conditions de base, que l'inculpé ne peut être mis ou maintenu en détention préventive que si cette dernière est l'unique moyen de « *garantir le maintien de l'inculpé à la disposition de la justice* ». Si c'était le cas, le juge aurait procédé à une substitution de motif en remplaçant, en dehors de tout moyen soulevé en ce sens par le Ministère public, par un motif qu'il soulève d'office, celui avancé par le ministère public, en estimant que le sien est plus apte à fonder la demande du Ministère public de proroger la détention préventive. Ce serait, à notre avis, incompatible avec l'exigence de l'impartialité du tribunal. Si l'on peut concevoir, en matière de procédure pénale, la substitution de base légale, la substitution de motif nous paraît, par contre, inadmissible en raison du fait qu'elle se concilierait mal avec l'exigence de l'impartialité du tribunal. Une autre raison semble écarter l'hypothèse d'une substitution de motif. En effet, à voir, dans l'ordonnance, l'endroit où la Cour relève la nécessité de garantir le maintien de l'inculpé à la disposition de la justice, garantie qu'il trouve, non dans le maintien en détention de l'inculpé mais dans

⁵¹RMPGAC 2107/BF, précité, 16^e feuillet.

⁵²Ibid.

l'imposition d'un cautionnement⁵³, on ne peut s'empêcher de penser plutôt qu'en parlant de « *condition de garantir le maintien de l'inculpé à la disposition de la justice* » en même temps qu'elle se réfère à l'article 116 traitant précisément de la liberté provisoire sous caution, la Cour faisait allusion à la garantie qu'offre le cautionnement. Effectivement, celui-ci « *garantit la représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et l'exécution par lui des peines privatives de liberté aussitôt qu'il en est requis, le cas échéant, la réparation des dommages causés par l'infraction, le paiement des amendes et des frais de justice* »⁵⁴. Il n'empêche que ce *lapsus calami*jette un trouble dans l'esprit du lecteur de l'ordonnance sous examen.

⁵³RMPGAC 2017/BF, Ordonnance, 19 décembre 2013, seizième et dix-septième feuillets.

⁵⁴Art.116 al.2.du CPP de 2013.

CONCLUSION

39. L'un des traits caractéristiques de la pratique judiciaire burundaise en matière pénale –dont les Burundais n'ont pas pourtant à s'enorgueillir– est le recours très fréquent à la détention préventive. Quelques chiffres interpellent. De 2005 à 2013, le pourcentage des détenus préventifs par rapport au total de la population carcérale a varié entre le maximum de 71.1% (2007) et le minimum 51.4% (2012). L'application du Code de procédure pénale de 2013 n'a pas eu pour effet de renverser la tendance. La moyenne sur l'ensemble de l'année des relevés mensuels montrent que sur l'ensemble de la population pénitentiaire, le taux des prévenus est 50,29%. Ce taux grimpe à 56,20 % en 2015⁵⁵.

40. Face à ces chiffres, que reste-t-il du caractère très exceptionnel de la détention préventive affirmé avec force par le Code de procédure pénale de 2013? Dans tous les cas, ces chiffres ne peuvent s'expliquer par un large champ des conditions de fond de la détention préventive car, comparé par exemple à la loi belge et française, le droit burundais comporte une liste plus resserrée des conditions de fond de la détention préventive. L'explication de ce phénomène peut être recherchée dans l'interprétation et la compréhension par les magistrats des conditions de la détention préventive qui traduisent, dans la recherche de l'équilibre entre le respect de la présomption d'innocence, principe cardinale de la procédure pénale et l'impérieuse nécessité de la

⁵⁵ Ce taux a été calculé à partir des données recueillies à la direction générale des affaires pénitentiaires. Les données du mois d'octobre 2014 et décembre 2015 que nous n'avons pas pu avoir n'ont pas été pris en considération dans le calcul de ce taux. Mais nous ne pensons pas que leur prise en compte aurait sensiblement affecté le taux calculé sur la base de 11 mois sur 12, les deux années.

répression des atteintes à l'ordre social, une inclination à privilégier par rapport à la première exigence.

41. *L'affaire Bamvuginyumvira* est l'une des milliers d'autres qui soulèvent le problème de la pratique judiciaire burundaise en matière de mise en œuvre des dispositions relatives à l'interprétation des conditions, aussi bien de forme que de fond, de la détention préventive. L'objectif de cette réflexion était de susciter un débat scientifique sur une thématique d'importance capitale en matière de la procédure pénale, afin que comme le rappelle P. Clément «*la détention provisoire ne soit véritablement utilisée que comme dernier recours et à titre exceptionnel au cours de l'instruction, et, surtout, que le maximum de garanties soit pris pour éviter que des innocents ne soient indûment placés ou maintenus en détention*⁵⁶ ».

⁵⁶ P. Clément, Projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, Exposé des motifs, Texte n° 3393, déposé à l'Assemblée Nationale le 24 octobre 2006 (Cité par Nord-Wagner, M., « La détention provisoire : un équilibre renforcé ? », *AJ Pénal*, 2007, p. 113.

III. LEGISLATION

VERS UNE NOUVELLE RÉFORME DU DROIT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS AU BURUNDI

Par Stanislas MAKOROKA

Professeur à la faculté de droit de l'université du Burundi, Consultant et Arbitre du CEBAC.

INTRODUCTION

Le droit de la faillite et des entreprises en difficultés occupe une bonne place parmi les instruments juridiques qui régissent la vie commerciale et économique d'un pays. Une bonne législation de la faillite des entreprises incite à la confiance entre partenaires; elle attire et consolide l'investissement; elle renforce la confiance des créanciers, contribue à la diminution des taux d'intérêts et à la promotion du crédit et ainsi stimule la croissance économique.

Depuis 2006, le Burundi s'est doté progressivement d'un arsenal législatif et réglementaire très apprécié dans le domaine de l'insolvabilité¹. Néanmoins, ce dispositif légal et réglementaire est resté inappliqué, à en croire une étude sur l'évaluation de l'application du dispositif sur les entreprises en difficultés au Burundi, menée en 2014².

¹ Cette terminologie est de plus en plus internationalement acceptée en matière de difficultés des entreprises. Le dispositif dont question porte sur les lois n°1/7 et 1/8 du 15 mars 2016 relatives respectivement aux faillites et au concordat judiciaire, leurs décrets et ordonnances d'application des 29 et 30 mai 2012.

² Une bonne loi n'est pas toujours, à elle seule, la garantie de la meilleure solution aux multiples conflits de la vie juridique. D'autres facteurs interviennent dans la mise en œuvre de bonnes solutions portées par les textes, comme la performance des institutions, la qualité des hommes chargés de leur application, la disponibilité des moyens matériels et financiers et même le comportement des acteurs et des usagers qui peuvent, dans la pratique, mettre sérieusement à l'épreuve le scénario légal et réglementaire.

Parmi les mesures appropriées à une meilleure application du système, ladite étude s'est par la suite focalisée sur un cadre légal plus attrayant pour l'entrepreneur. A cet égard, elle a suggéré de combler les lacunes relevées et en même temps de moderniser le dispositif en le rendant conforme aux bonnes pratiques internationales.

De l'analyse, l'évidence était apparue que des innovations peuvent être apportées à la loi existante, pour la réactiver et la rendre opérationnelle, à travers des mécanismes susceptibles d'améliorer la situation du débiteur, sécuriser les transactions transfrontalières et rassurer les investisseurs étrangers par la reconnaissance de la force exécutoire des sentences arbitrales étrangères, sans aucune discrimination. Les idées forces de la nouvelle charpente demeureraient, toutefois, la prévention des difficultés de l'entreprise et leur traitement, dans le souci de concilier l'exigence de redressement de l'entreprise et le respect légitime des droits des créanciers.

L'étude suscita beaucoup d'intérêt pour le Gouvernement. Particulièrement, elle rencontra son besoin d'harmonisation de la législation, en cette matière, avec les directives de la Communauté économique Est-africaine. Un projet de loi s'en suivi³; il est en train de subir les éventuels derniers amendements par les deux chambres du Parlement avant sa promulgation par le Président de la République. Il sied, par conséquent, d'indiquer aux opérateurs économiques et à tout intéressé, les changements bientôt requis du comportement des entreprises, en cas de difficultés avec leurs créanciers ou de ceux avec leurs débiteurs.

En un mot, ledit projet porte les principes qui gouvernent la demande collective de paiement formulée par les créanciers envers le débiteur entrepreneur insolvable

³ Au moment où ces lignes sont portées, le projet serait revenu au Service National de Législation pour toilettage en vue d'une relecture intelligente des amendements introduits par le Parlement.

et les effets de la déclaration de l'insolvabilité ainsi que les principes de la procédure de redressement en cas de menace d'insolvabilité. Il sied d'en donner un bref aperçu, à défaut d'en discuter la pertinence, la performance et la contre performance, dans un contexte de redynamisation et d'assainissement des rapports économiques des entreprises. Ce qui est attendu de la promulgation du nouveau dispositif.

Le projet traite, sur le fond, de 3 questions essentielles, en ce domaine: le concordat judiciaire, la faillite et l'insolvabilité internationale. La procédure de faillite, au sens strict, n'a pas connu d'importants changements⁴. C'est pourquoi, le présent aperçu n'explore que les idées importantes portées par la prochaine procédure de concordat judiciaire et celle relative à l'insolvabilité internationale.

I. LES NOUVELLES IDEES IMPORTANTES EN MATIERE DE CONCORDAT JUDICIAIRE

Le projet de loi sur l'insolvabilité du commerçant comporte beaucoup d'innovations, si on le compare à la loi sur le concordat judiciaire. Il insère notamment un dispositif sur l'accord à l'amiable avant insolvabilité et sur l'accord à l'amiable interne à la procédure de concordat ainsi qu'une procédure enrichie de transfert d'entreprise.

⁴ Très peu d'innovations en matière de procédure de faillite proprement dite ont été introduites par le projet, dans la mesure où des dispositions relatives à la désignation des administrateurs judiciaires et des gestionnaires de la faillite ainsi que celles relatives à la désignation des experts/praticiens en faillite étaient déjà portées par la législation de 2006, répondant ainsi par avance aux critiques en matière d'harmonisation législative et réglementaire avec les États de l'EAC.

➤ *Accord amiable de pré-insolvabilité*

Cet accord est conclu en marge des procédures collectives. Pour amener le débiteur à solliciter une contribution précoce et positive au règlement de ses difficultés, l'accord amiable conclu avec ses créanciers semble constituer une sérieuse option. Il s'agit d'un accord de nature contractuelle, négocié librement avec les créanciers, en toute confidentialité et dont les effets se limitent aux seuls contractants et n'engagent pas les tiers.

Il est vrai que, tant que le débiteur n'est pas menacé par de sérieuses difficultés, un accord à l'amiable demeure réalisable avec ses créanciers suivant les règles du droit commun. Cependant, à proximité des difficultés de paiement, le débiteur pourrait être suspecté de favoriser certaines catégories de créanciers par des arrangements particuliers, exagérément avantageux pour certains et très défavorables pour ceux qui n'y sont pas partie. La possibilité d'attaquer de tels contrats comme inopposables aux tiers risque d'être une difficulté de taille.

Il convient donc de rassurer les créanciers qui se portent au secours du débiteur dans ces moments difficiles et de manière opportune, mais en même temps de continuer à donner une information crédible et transparente à ceux qui s'intéresseraient encore au crédit du débiteur, d'autant que le débiteur, à ce stade, n'est pas encore en cessation de paiements⁵.

Concrètement, la réussite d'une telle procédure repose sur l'engagement propre du débiteur à régler et vaincre ses difficultés. Ce qui requiert non seulement de lui faire entière confiance et de le laisser à son choix d'une libre négociation, avec les créanciers choisis, des arrangements souhaités mais aussi le choix du médiateur

⁵ On connaît les difficultés de la détermination de la date de cessation de paiement, en cours d'activité et non après coup.

qui l'aidera dans ses démarches, tout en vérifiant que cette personne a les compétences requises et qu'elle est indépendante du débiteur et de ses créanciers. Bien que l'accord amiable se situe dans le sillage des procédures collectives, l'intervention judiciaire est alors limitée au strict minimum.

Finalement, l'efficacité de la démarche dépendra de la discrétion avec laquelle les parties conduiront et réussiront leurs négociations. La publicité en cette période de difficultés peut être, en effet, fatale; elle retient souvent le débiteur à recourir aux procédures collectives qui portent, d'une manière ou d'une autre, atteinte à sa réputation.

Les caractères contractuel, consensuel et confidentiel sont, de cet accord, les éléments essentiels qui doivent être préservés par la loi.

➤ *Insertion de l'accord amiable interne à la procédure de concordat judiciaire*

Même lorsque le débiteur rencontre de sérieuses difficultés susceptibles d'entraîner une procédure de concordat judiciaire qu'il a d'ailleurs enclenchée ou qui lui a été proposée dans le cadre d'une enquête commerciale menée à son encontre, il lui est encore loisible, selon le projet de loi, de solliciter un accord amiable avec l'ensemble de ses créanciers ou certains d'entre eux. Ce qui lui évite un accord diligenté à la façon des procédures collectives, avec déclaration et vérification de l'ensemble des créances notamment.

A la différence de l'accord amiable hors procédure collective, ce type d'accord sera obtenu avec l'aide d'un « mandataire de justice ⁶ » et sous la surveillance d'un « juge délégué ⁷ ».

Il faudrait donc comprendre cet accord comme une possible issue de la procédure de concordat judiciaire, sans les péripéties et la lourdeur de la procédure de sursis provisoire et de période d'observation ainsi que des effets à l'égard de l'ensemble des créanciers, une autre manière d'éprouver la volonté du débiteur de prendre des initiatives, de chercher des solutions librement négociées à ses difficultés et de prendre ses responsabilités à cet égard. Cette solution mérite sans doute des réflexions approfondies; il ne faudrait pas que l'on perde trop de temps à tenter d'élaborer un accord, dans une procédure collective alors que par définition, les droits des créanciers (de poursuites notamment) sont paralysés.

➤ *Amélioration de la procédure de transfert d'entreprise*

Le transfert d'entreprise était déjà prévu en matière de concordat judiciaire depuis 2006. Pour aller encore plus loin dans l'amélioration du dispositif actuel sur le concordat judiciaire, il est envisagé de traiter plus amplement qu'auparavant du transfert d'entreprise comme 3^{ème} voie offerte au débiteur pour redresser son entreprise. Même si le transfert a lieu sous l'autorité du juge, la procédure sera, de préférence, engagée à la demande du débiteur ou avec son consentement. Il n'en serait autrement que si l'intérêt de l'entreprise, entretemps non perçu par le débiteur, le requérait.

⁶ Dans le précédent dispositif, ces compétences étaient dévolues à un commissaire au sursis.

⁷ La nouvelle procédure concordataire ajoutera à ses organes le juge délégué du tribunal pour prolonger la tâche du juge rapporteur lors de l'enquête commerciale même si les tâches doivent être conférées à des juges différents. Le commissaire au sursis avait lui aussi besoin d'être suivi et éventuellement ses missions réévaluées au cours du déroulement de la procédure.

Dans ce cas, la procédure sera engagée sur citation du procureur, d'un créancier ou de toute autre personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise; cela, pour éviter le démantèlement de l'unité d'exploitation, même si la faillite devait être prononcée.

L'hypothèse pourrait être rencontrée dans quatre situations : lorsque le débiteur est en état de faillite sans avoir demandé une procédure de concordat, lorsque le tribunal rejette pareille demande ou révoque le plan, lorsque les créanciers n'approuvent pas le plan déposé ou encore lorsque le tribunal refuse l'homologation dudit plan.

Pour aider à la réalisation ou réaliser lui-même le transfert, un mandataire de justice sera désigné. Les opérations de transfert, savoir comment la vente ou la cession des actifs mobiliers ou immobiliers nécessaires ou utiles au maintien de tout ou partie de l'activité économique de l'entreprise aura lieu, sont précisées dans le projet de dispositif pour éclairer à la fois le débiteur et les créanciers ainsi que le cessionnaire, sur le déroulement des opérations. Il y a lieu de retenir que le résultat de la vente sera partagé entre les créanciers.

Outre la précision des tâches du mandataire et des modalités de leur exécution, le dispositif circonscrit les droits et les obligations du cessionnaire. La question des droits des travailleurs notamment représente un enjeu de taille aussi bien pour le repreneur que pour l'entreprise, d'autant que, comme ressource humaine, le personnel est une composante importante des actifs de l'entreprise ou encore représente un coût important de la restructuration, en cas de licenciement. En effet, une telle issue peut constituer une méthode efficace de maintien de tout ou partie de l'activité. Il faut néanmoins prendre garde à ce que le repreneur

maintienne effectivement l'activité et ne « dépèce » pas l'entreprise, en licenciant les salariés.

II. L'INTRODUCTION DE LA PROCEDURE D'INSOLVABILITE INTERNATIONALE

S'il est une innovation majeure du projet, elle porte essentiellement sur la procédure d'insolvabilité internationale. Il s'agit d'une procédure transfrontalière de règlement des dettes et d'un instrument supplémentaire pour sécuriser les transactions.

La stratégie adoptée par le projet a été tout simplement d'introduire la loi type proposée par la Commission des Nations unies pour le commerce international (CNUDCI) aux pays en développement en l'adaptant au contexte burundais de pays à la recherche de l'investissement étranger, en particulier.

Dans le cadre de cet exposé, le compte rendu se limite à indiquer le problème à résoudre dans le contexte, reprend un certain nombre d'idées essentielles à promouvoir pour le respect de l'égalité de traitement des partenaires des débiteurs et donne un aperçu rapide de leur mise en œuvre dans ledit projet.

➤ *Le problème à résoudre*

En droit de la faillite, lorsqu'une dette ou une créance étrangère intervient dans un processus de liquidation collective, le principe le plus simple est celui de la territorialité. Toute la procédure a lieu et se limite, dans ce cas, à l'intérieur d'un État; toute intrusion d'un élément étranger est soumise à la procédure de l'exéquat pure et stricte, la procédure de faillite étant par essence d'ordre public.

Pourtant, bien de questions se posent lorsqu'un élément étranger s'introduit dans une procédure collective. Quel est le tribunal compétent pour prononcer la faillite?

Le curateur pourrait-il saisir les biens situés à l'étranger et comment procéder? Les créanciers étrangers ne seront-ils pas tentés de détourner à leur profit les biens situés dans leur pays au détriment des autres créanciers qui pourtant jouiraient de meilleures garanties? Comment les créanciers résidant à l'étranger pourront-ils accéder relativement vite à une procédure intentée dans le pays du débiteur? A quelles conditions pourront-ils y participer? Comment protéger les créanciers résidant dans le pays du débiteur contre tout préjudice qui résulterait de ces nouveaux venus dans le concours? Comment organiser une collaboration entre les autorités et organes des diverses procédures collectives impliquées? Et d'autres questions encore à clarifier et à résoudre.

La réforme de 2006, en matière de procédures collectives, avait fait l'économie des dispositions sur les éventuelles retombées des éléments patrimoniaux (passif comme actif) détenus à l'étranger par le débiteur. Alors que le décret de 1934 sur la faillite avait adopté sans hésitation le système de la territorialité, les textes de 2006 sur le concordat judiciaire et sur la faillite se sont réservés à régler un problème sans doute important mais qui demandait une réflexion plus murie.

Si aujourd'hui l'intérêt à réexaminer la question est bien réel, compte tenu de la volonté d'ouverture du Burundi aux capitaux étrangers et réciproquement de participer au commerce international, il sied de prévoir un régime adapté à ce nouveau contexte⁸. C'est pourquoi, quelques idées méritent une attention, à l'occasion de cet examen du dispositif sur les procédures collectives.

⁸ On peut penser que dans un cadre d'intégration économique, la solution puisse être trouvée dans une convention sous-régionale ou sous forme de règlement ou directive applicable aux États parties. Mais la question va bien au-delà de telle zone économique déterminée, les rapports

➤ *Champs d'application de la procédure et principes directeurs*

Le dispositif concerne les procédures collectives étrangères. Le mécanisme de procédure transfrontalière est envisagé, en effet, lorsque la cause est régie par une loi sur les procédures collectives du pays d'origine; lorsque les créanciers sont représentés collectivement; lorsque les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal ou d'un organisme officiel. En tout état de cause, la procédure dont on sollicite la reconnaissance doit avoir pour objectif le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur.

En matière de règlement collectif des dettes, en l'occurrence, soit une assistance est demandée dans un État étranger par le tribunal ou une autorité habilitée qui gère la situation d'un débiteur résidant, soit une telle assistance est demandée dans l'État de résidence du débiteur par le tribunal ou l'autorité étrangère en vertu d'une procédure ouverte à l'étranger, soit les demandes sont concurrentes, soit encore, il est de l'intérêt des créanciers ou d'autres parties intéressées opérant dans un État étranger de demander l'ouverture d'une procédure ou d'y participer, en vertu de la loi de l'État de la résidence du débiteur.

Dans toutes ces hypothèses, la loi va prévoir une coopération et une assistance pour rendre disponible, à l'égard de l'ensemble des créanciers, « l'intégralité » du patrimoine du débiteur. Pouvoir solliciter, dans ce contexte, l'application de la loi relative aux procédures collectives dispense non seulement du recours à la lourde procédure de l'exequatur mais surtout offre l'avantage d'une intervention rapide

commerciaux étant sujets à de fortes fluctuations et mouvements qui peuvent engager des partenaires en dehors de telle zone économique précise. A moins, pour un État, de conclure des accords avec tous les autres États du monde! Ce qui est inimaginable.

et opportune, même en dehors de jugement définitif, pourvu que la situation du débiteur relève d'une mesure autorisée légalement. De cette jonction de tous les éléments patrimoniaux du débiteur, on peut, en outre, attendre une meilleure protection des intérêts légitimes des créanciers et du débiteur et pourquoi pas de meilleures opportunités à exploiter en faveur d'une entreprise viable et de l'emploi.

Pour atteindre cet objectif, certaines stratégies doivent être recherchées. Ainsi, sur le fond, le dispositif doit s'efforcer d'aligner les mesures résultant de l'accueil d'une procédure étrangère sur celles qui peuvent être octroyées dans une procédure comparable en vertu de la loi du débiteur. En outre, il doit être stipulé que la reconnaissance d'une procédure étrangère ne peut pas, d'une part, empêcher les créanciers locaux d'entamer ou de poursuivre une procédure collective dans l'État de résidence du débiteur alors que, d'autre part, les mesures qui en résultent sont subordonnées à la protection des créanciers locaux et d'autres personnes intéressées, y compris le débiteur, contre tout préjudice injustifié ainsi qu'au respect des droits de la défense et de notification. Enfin, la reconnaissance ou toute action découlant de celle-ci doit respecter les règles d'ordre public.

➤ *Aperçu du nouveau dispositif relatif à la procédure d'insolvabilité internationale*

1° L'accès réciproque des représentants et des créanciers internes et étrangers aux instances judiciaires nationales et étrangères

Il s'agit de donner aux représentants de procédures d'insolvabilité étrangères et aux créanciers, le droit de s'adresser aux tribunaux de l'Etat de résidence du débiteur pour demander une assistance ou d'autoriser les représentants de

procédures conduites dans l'Etat de la résidence du débiteur à demander une assistance auprès du tribunal ou de l'autorité étrangère. Le dispositif allège énormément les formalités à accomplir au point de rendre la procédure quasi automatique.

2° La reconnaissance de la procédure étrangère

Pour permettre un traitement égal de tous les créanciers du débiteur, internes ou externes, il importe d'établir des procédures simplifiées pour la reconnaissance des procédures étrangères⁹. De la sorte, on évitera une longue authentification ou d'autres formalités en même temps qu'il est apporté de la certitude à la décision à reconnaître.

L'effet principal de la reconnaissance de la procédure étrangère est de provoquer la suspension des actions et procédures d'exécution des différents créanciers à l'encontre du débiteur ainsi que celle du droit du débiteur de transférer ou de grever ses biens. De la sorte, le tribunal a le temps d'aviser tous les intéressés et d'évaluer la situation. Cela donne de la sérénité aux créanciers en vue de l'examen de mesures appropriées à un possible redressement de l'activité du débiteur ou, le cas échéant, à une liquidation ordonnée. Cela évite également la fraude de la part du débiteur.

⁹ Concrètement, il s'agit de reconnaître des ordonnances rendues par les tribunaux étrangers aux fins d'ouvrir des procédures étrangères et d'en nommer le représentant étranger. Une procédure étrangère qui remplit certaines conditions précises peut être reconnue comme une procédure principale, se déroulant là où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux à la date de la procédure étrangère, ou comme une procédure non principale, se déroulant là où le débiteur a un simple établissement.

Ce principe accepté, il faut se préoccuper, cependant, d'examiner la portée concrète de la mesure, savoir si celle-ci respecte au moins les mesures d'interdiction et de suspension prévues dans le cadre de la procédure collective locale. Mais le tribunal local peut, suivant les circonstances et à sa discrétion, prévoir des mesures plus larges notamment le dessaisissement du débiteur, l'accès à certaines informations concernant le patrimoine du débiteur et la suspension du droit de constituer des sûretés, si du moins celle-ci n'a pas résulté de plein droit de la reconnaissance de la procédure étrangère. Toutefois, il doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées y compris le débiteur, sont suffisamment protégés.

3° La coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes

Il appartient tout naturellement à la loi de faciliter l'intervention de l'autorité étrangère dans un mécanisme enclenché à l'encontre du débiteur par l'autorité de résidence, ou pourquoi pas permettre à l'autorité étrangère de solliciter son enclenchement dans l'État de résidence du débiteur, en prolongement de celle déjà entamée à l'étranger. Il convient aussi de se préoccuper de faciliter l'intervention de l'autorité de résidence du débiteur dans l'État étranger, en lui ouvrant l'accès direct et rapide au patrimoine détenu à l'étranger par le débiteur. Ceci, pour contourner les éventuels obstacles qui s'opposeraient à l'autorité ou rendraient plus difficile son intervention à l'extérieur du territoire.

Cette précaution prise, il reste à faciliter, autant que faire se peut, l'accès de l'autorité étrangère à la procédure interne notamment en produisant des documents de preuve plus simplifiés pour attester l'existence de la procédure étrangère, en permettant aux créanciers étrangers l'accès facile au tribunal de

résidence du débiteur si du moins les conditions prévues par la loi de résidence sont réunies. Il peut même être prévu en faveur des créanciers étrangers, le droit d'intervenir dans des actions individuelles à charge du débiteur, sans que cela emporte, bien évidemment, la compétence sur des questions non liées à la procédure d'insolvabilité.

4° Coordination des procédures concurrentes

Même après la reconnaissance d'une procédure étrangère dite principale, le tribunal local garde la possibilité d'entamer une procédure spécifique si le débiteur possède des biens sous sa juridiction, tout en limitant sa compétence à ce patrimoine. Il est indispensable, cependant, de prescrire qu'une procédure étrangère reconnue est réputée constituer la preuve d'une situation sans issue qui peut conduire à l'ouverture d'une procédure locale. Cela évite tout retard éventuel de déclaration et surtout de preuve directe de la cessation de paiements.

Cela étant, des dispositions doivent régler les questions relatives à la coordination entre une procédure locale et une procédure étrangère contre le même débiteur et celles concernant la coordination entre deux procédures ou plus, contre le même débiteur.

CONCLUSION

Il est opportun que la prochaine réforme en matière de difficultés des entreprises prévoie des dispositions sur les procédures transfrontalières. Celles-ci vont habiliter les tribunaux à traiter sans beaucoup de formalités les questions se rapportant aux transactions internationales au moment où le débiteur a le plus besoin de rassembler tous les éléments patrimoniaux, en vue d'affronter ses difficultés avec de meilleurs atouts.

Le mécanisme apporte une solution équitable à l'ensemble des créanciers puisque l'effort est fait de traiter les créanciers nationaux comme étrangers de la même manière. Il permet d'éviter les fraudes du débiteur qui peut désormais être atteint avec plus de facilités, dans n'importe quel pays où il voudra cacher certains des éléments de son patrimoine. Désormais, le Burundi peut se targuer d'être ouvert, sans complexe, aux capitaux étrangers et les Burundais espérer s'engager dans les transactions internationales avec la garantie d'une accessibilité plus accrue en cas de besoin. Ce qui accroît leur crédit face aux créanciers étrangers. La procédure d'insolvabilité internationale constitue avec son train de mesures une avancée indéniable en matière de procédures collectives dans un pays comme le Burundi qui compte pour son développement sur l'accueil des capitaux étrangers et l'élargissement de son crédit bien au-delà de ses frontières.

La réforme est d'autant judicieuse qu'elle s'appuie sur des procédures collectives internes bien améliorées par ledit projet de loi, en accueillant les procédures d'accord amiable de pré-insolvabilité, l'accord amiable interne à la procédure de concordat judiciaire ainsi qu'une procédure de transfert d'entreprise plus dense

pour éclairer l'autorité compétente, en matière de sauvetage d'entreprises en difficultés.

IV. VARIA

« La problématique des brevets et l'accès aux médicaments dans les pays en développement par l'approche des biens publics mondiaux »¹

Résumé

Le problème posé par les brevets dans l'accès aux nouveaux médicaments pour les populations des pays du Sud s'est posé après l'entrée en vigueur en 1995 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (accord sur les ADPIC), dans la foulée de la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Bien que ce problème soit bien connu et très documenté, les solutions proposées n'ont pas permis de le résoudre. En effet, la présente thèse soutient que les approches adoptées jusqu'ici, qui sont essentiellement fondées sur l'idée d'aide publique au développement ou sur des considérations éthiques, ne sont pas à mesure d'y apporter une réponse adéquate et efficace. Elle propose alors de changer de paradigme et d'analyser la question sous l'angle des biens publics mondiaux. En partant de la définition et des caractéristiques de ces derniers, elle montre que les données brevetées rentrent dans cette catégorie de biens.

À partir de cette conclusion, elle suggère que la résolution de ce problème passe par le financement des brevets et de la recherche médicale par des fonds publics mondiaux. Ainsi, les brevets portant sur les inventions médicales seraient rachetés par une structure internationale instituée à cette fin et dont les ressources proviendraient de la collectivité internationale, comme pour tous les biens publics.

¹ Thèse soutenue par Philbert BARANYANKA, Haute Etudes Internationales, Université de Laval, Québec, juin 2015

En effet, bien qu'il soit encore à ses débuts, le financement international des biens publics mondiaux est un mécanisme qui se met peu à peu en place et semble progressivement s'imposer aux États comme le moyen efficace de gérer collectivement les problèmes globaux, notamment dans le domaine de l'environnement.

Avec l'internationalisation de plus en plus croissante des épidémies dans le sillage de la circulation mondialisée des biens et des personnes, la lutte internationale contre les épidémies se présente comme un défi commun et universel parce que l'universalité de la menace est devenue réelle et évidente. Cependant, l'opérationnalisation de cette lutte serait confrontée à certaines difficultés, notamment celle de l'inexistence d'une autorité supranationale pour assurer la participation de tous à cet effort commun. Mais, comme sur le plan interne, ce sont ces problèmes de gestion de l'action collective que l'humanité doit contrôler dans le but de répondre efficacement aux défis auxquels elle est appelée à faire face.

TABLE DES MATIÈRES	Pages
SOMMAIRE	3
AVANT- PROPOS	5
I. DOCTRINE	11
Le régime des dérogations aux droits de l'homme en droit constitutionnel burundais au regard de la théorie des droits fondamentaux	13
Introduction générale.....	13
Chapitre I. Les enseignements du droit international sur les dérogations aux droits de 'homme	16
Section 1 Définition du concept.....	16
Section 2 Le régime des dérogations aux droits de l'homme en droit conventionnel.....	17
Section 3 Contenu des mesures dérogatoires.....	20
Section 4 Conditions de validité des mesures dérogatoires.....	20
& 1 Les conditions de fond.....	20
& 2 Les conditions de forme.....	23
Chapitre II Le régime des dérogations en droit constitutionnel burundais	24
Section 1 Textes constitutionnels servant de base d'analyse.....	24

Section 2 L'option du constituant burundais.....	27
Conclusion générale.....	29
Bibliographie.....	30
Le régime matrimonial de droit commun en droit burundais.....	35
Introduction générale.....	5
Chapitre I Tendances communautaires.....	39
Section 1 La communauté universelle.....	40
Section 2 La communauté de meubles et acquêts.....	44
Section 3 Le régime de communauté réduite aux acquêts.....	45
Chapitre II. Tendence séparatiste.....	48
Chapitre III. Nécessité d'une loi pour lever toute équivoque.....	50
Section 1 Limites de l'œuvre des cours et tribunaux.....	51
Section 2 Différentes options.....	53
Conclusion générale.....	57
Bibliographie.....	59
II. JURISPRUDENCE.....	63
Les arrêts RAP 34, RAP 35 et RAP 36: une exécution qui tourne en crise institutionnelle.....	65

Introduction.....	65
I. Les arrêts RAP 34, RAP 35 et RAP 36.....	67
II. Les faits.....	71
III. Observations.....	75
Conclusion.....	88
Bibliographie.....	89

**Commentaire des ordonnances OCS 164 RMPGAC 2107/BF de la Cour
suprême et RMPGAC 2107/BF de la Cour anti-corruption et contribution à
l'interprétation des conditions de la détention préventive au Burundi.....**91

I. Bref rappel de la procédure.....	95
II. Appréciation de l'interprétation du régime de la détention préventive à la lumière des ordonnances (OCS 164 RMPGAC 2107/BF et RMPGAC 2107/7 BF.....	97
Conclusion.....	113

III. LEGISLATION.....115

**Vers une nouvelle réforme du droit de l'entreprise en difficultés au
Burundi.....** 117

Introduction.....	117
I. Les nouvelles idées importantes en matière de concordat judiciaire.....	119
II. L'introduction de la procédure d'insolvabilité internationale.....	124

Conclusion.....	131
IV. VARIA.....	133
La problématique de brevets et l'accès aux médicaments dans les pays en développement par l'approche des biens publics mondiaux.....	135
TABLE DES MATIÈRES.....	137